Der entgeltliche Erwerb von Aktien oder Geschäftsanteilen der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Walter Schreuer
Referendar in Glogau

Breslau 1933

Druck von Th. Schatzky A.-G., Breslau

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Schmidt-Rimpler.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0020

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literaturverzeichnis . . . . . I—VI

Einleitung 1

1. Abschnitt. Begriff und Arten der Abhängigkeit einer Gesellschaft 3

§ 1. Herrschende und abhängige Gesellschaft 3

I. Merkmale der Abhängigkeit 3

II. Mittel der Beherrschung 5

§ 2. Das Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaften im besonderen 8

I. Entstehung 8

II. Mittel der Beherrschung 8

III. Einheits- und Mehrheitstheorie 11

2. Abschnitt. Der Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft 14

§ 3. Der Aktienerwerb von der Muttergesellschaft unmittelbar durch Zeichnung oder Kauf 14

I. Voraussetzungen der Zeichnung 14

II. Rechtsgültigkeit der Zeichnung 15

III. Gleichmäßige Behandlung von Zeichnung und Kauf von der Muttergesellschaft unmittelbar 25

§ 4. Die Frage der Rückzahlung der Einlagen auf seiten der Tochtergesellschaft. Voraussetzungen 26

I. Verbot jeder Zahlung an einen Aktionär außer der Dividendenzahlung 27

II. Verbot der Zahlung an alle Aktionäre 33

III. Gleichheit des Ergebnisses, wenn die Tochtergesellschaft GmbH ist 38

IV. Vollwertigkeit des Entgelts 39

§ 5. Die Folgen eines Verstoßes gegen die §§ 213, 215 HGB, 30 GmbH-Ges. 46

I. Vorbemerkungen 46

II. Charakter der §§ 213, 215 HGB, 30 GmbH-Ges. . . 46

III. Die Folgen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot 47

IV. Folgen der Nichtigkeit der Aktienzeichnung und des Aktienkaufes 53

V. Zusammenfassung des Ergebnisses der bisherigen Untersuchung 58

§ 6. Der Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft von dritter Seite 61
I. Gültigkeit des Erwerbes 61
II. Rechtsfolgen des Erwerbes 62

§ 7. Der Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die obligatorisch oder organisatorisch abhängige Gesellschaft 64
I. Gültigkeit des Erwerbes 64
II. Folgen des Erwerbes 65
III. Sonderfall der Haftung der herrschenden Gesellschaft 65

3. Abschnitt. Das geltende Recht nach der Aktienrechtsnovelle vom 19. September 1931 71

§ 8. Die Regelung des Erwerbes von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige Gesellschaft nach der Aktienrechtsnovelle und deren Kritik 71
I. Regelung des Aktienerwerbes 71
II. Wirtschaftliche Folgen der Regelung 73
III. Kritik der Regelung 74
IV. Zusammenfassung des Ergebnisses 79

Literaturverzeichnis
und Verzeichnis der Abkürzungen

I. Kommentare, Lehrbücher, Monographien, Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, begründet von Riesser, herausgegeben von Solmssen.

Bergmann, Arthur, Die Einflußnahme öffentlicher Körperschaften auf den Aufsichtsrat, Nr. 57 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von E. Heymann, Berlin 1929.

Brodmann, Erich, Aktienrecht, Gewerbe- und Industriekommentar, Berlin und Leipzig 1928.

Derselbe, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Gewerbe- und Industriekommentar, Berlin und Leipzig 1930, 2. Auflage.

Derselbe, Die Sanierung unseres Aktienwesens, 1931.

Bürgerliches Gesetzbuch, Das, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, 6. Auflage 1928. Reichsgerichtsrätekommentar. RGR Komm.

Deutscher Anwaltsverein, Zur Reform des Aktienrechts. Antworten auf die Fragen des Reichsjustizministeriums. 1929. DAV.

Deutsche Juristenzeitung DJZ.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Dür-Hach. Band III, 1. Lieferung, erläutert von Bing, Flechtheim und Hachenburg. 1932, 3. Lieferung, erläutert von Flechtheim 1933.

Ehrenberg, Victor, Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band III, 1. Abt. Die Aktiengesellschaft von Rudolf Fischer, Leipzig 1916. Band III, 2. Abt. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung von Hans-Erich Feine, Leipzig 1929.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band I, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Nipperdey, 1931 (Enneccerus-Nipperdey).
Band II, Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Lehmann, 1930 (Enneccerus-Lehmann).

Entscheidungen, in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt vom Reichsjustizamt. RJA.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, RGZ.
Entscheidungen, Jahrbuch für, des Kammergerichts. KGJ.
Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs. RFH.
Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1930. E I.
Entwurf, Amtlicher, eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Berlin 1931. E II.
Festschrift für Albert Pinner, Berlin und Leipzig 1932, III. Teil, Aktienrechtliche Abhandlungen.
Flechtheim, Julius, Strukturwandlungen der Wirtschaft und des Aktienrechts, 1927. Gutachten für den Enquête-Ausschuß. (Flechtheim Enq.-Aussch.).
Frank-Fahle, Guenther, Die Stimmrechtsaktie, Berlin 1923.
Friedländer, Heinrich, Konzernrecht, Das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammenfassungen, 1927.
Derselbe, Aktienrecht, Handkommentar, Stuttgart 1932.
Geiler, Karl, Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, 1922.
Derselbe, Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts, 1927. Gutachten für den Enquête-Ausschuß. (Geiler-Enq.-Aussch.). Auch erschienen als Heft 6 der Gesellschaftsrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von A. Nußbaum.
Gierke, Julius von, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 3. Auflage 1929, Berlin.
Goldschmit, Friedrich, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Handkommentar, München 1929.
Derselbe, Die Aktiengesellschaft, München 1927.
Derselbe, Aktienrechtsnovelle, München 1932.
Hachenburg, Max, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Unter Mitarbeit von Bing u. Schmidt II, 5. Auflage 1926.
Derselbe, Zum Erwerbe eigener Geschäftsanteile durch die GmbH. Festschrift für Georg Cohn, 1915.
Hamburger, Georg, Die Organgesellschaft, Festgabe der Berliner Jur. Fak. für E. Seckel, 1927.
Derselbe, Schuldenhaftung für Konzerngesellschaften. 8. Heft der „Wirtschaftsrechtlichen Abhandlungen", herausgegeben v. K. Geiler, 1932.
Haussmann, Fritz, Die Tochtergesellschaft, 1922.
Derselbe, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, 1926.
Holdheim, Paul, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen (Holdheim).
Homburger, Max, Neugestaltung des Aktienrechts, Berlin 1931.

Horrwitz, Hugo, Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Berlin 1913.
Derselbe, Schutz- und Vorratsaktien, 1926.
Horrwitz, Hugo, Horrwitz, Walter, Ullmann, Fritz, Kommentar zum neuen Aktienrecht, 1932 (Horrwitz-Ullmann).
Isay, Rudolf, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg.
Juristische Rundschau, herausgegeben von Lindemann, Flad-Hartung; und Höchstrichterliche Rechtsprechung, herausgegeben von Friedrichs, Feisenberger, Mugdan. Jur. Rdsch.
Juristische Wochenschrift, JW.
Kartell-Rundschau, herausgegeben von Dr. S. Tschiersky, Kart. Rdsch.
Klingmüller, Fritz, Die Haftung für die Vereinsorgane nach § 31 BGB. Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Rudolf Leonhard, Heft 3, Breslau 1900.
Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuches, bearbeitet von Koenige, Teichmann, Koehler, 3. Auflage 1932.
Kronstein, Heinrich, Die abhängige juristische Person, 1931.
Lehmann, Julius, und Hirsch, Ernst, Kommentar zur Aktienrechtsnovelle, 1. Auflage 1931.
Lehmann, Karl, Das Recht der Aktiengesellschaften, Band I 1898, Band II 1904.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1914.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. LZ.
Liebmann, Jacob, und Sänger, August, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 7. Auflage 1927 (Liebmann-Sänger).
Mosse-Heymann, Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, 1926.
Netter, Oskar, Probleme des lebenden Aktienrechts, 1929.
Neufeld, Hans, Die aktienrechtlichen Vorschriften der Verordnung vom 19. September 1931, 1932.
Neukamp-Becker, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. bis 7. Auflage, 1922.
Nußbaum, Arthur, Aktionär und Verwaltung, 1928.
Oertmann, Paul, Bürgerliches Gesetzbuch, Band I 1927, Band II 1928.
Planck-Strohal, Kommentar zum BGB. Band I 1913.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann, OLGR.
Reichsgerichtspraxis, Die, im deutschen Rechtsleben. Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des

Reichsgerichts, herausgegeben von Otto Schreiber, Band IV (RG Prax), 1929.

Rheinstrom, Heinrich, Das neue Aktienrecht, Handkommentar 1932.

Ring, V., und Schachian, H., Die Praxis der Aktiengesellschaft, 1929. Kap. Aktiengesellschaft und Konzern von Weisbart.

Ritter, Karl, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1910.

Rosendorff, Richard, Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927.

Ruth, Rudolf, Eigene Aktien und Verwaltungsaktien, 1928.

Sontag, Ernst, Die Aktiengesellschaft im Kampf zwischen Macht und Recht, 1918.

Schlegelberger, Franz, Quassowski, Leo, und Schmölder, Karl, Verordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931, Berlin 1932.

Schmulewitz, Maximilian, Die Verwaltungsaktie, 1927.

Scholz, Franz, Kommentar zum GmbH-Gesetz in seiner neuesten Fassung, 1928.

Staubs Kommentar zum HGB., 12. und 13. Auflage, bearbeitet von Koenige, Pinner, Bondi, 1926;
hierzu Nachtrag, Verordnung über Aktienrecht, 1932, bearbeitet von Pinner.

Staudingers, I. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Auflage,
Band I Allgem. Teil, bearbeitet von Löwenfeld und Riezler, 1925,
Band II, 3, Schuldverhältnisse 3. Teil, bearbeitet von Kober, Engelmann und Geiler, 1929.

Tuhr, Andreas von, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I, 1910.

Vetsch, Jacob, Die Umgehung des Gesetzes, 1917.

Wieland, Karl, Handelsrecht, Band I, 1921, Band II, 1931.

Zeitschrift für Aktienwesen, Monatsschrift für das gesamte Gesellschafts- und Kartellwesen, herausgegeben von Koppe, Großmann, Birnbaum (ZAktW).

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von L. Goldschmidt (ZHR).

Zentralblatt für Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt und Beutner (ZBH).

Zumloh, Norbert, Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft und seine Folgen. Diss. Erlangen 1929.

II. Abhandlungen und Aufsätze.

Bolze, Haftung der Aktiengesellschaft aus Verträgen über ihre Aktien und aus Arglist, LZ. 1907/1 ff.

Bondi, Felix, Der Begriff der Einlage des Aktionärs, DJZ. 1906/1250 ff.

Breit, James, Die Ueberwälzung des Risikos des Aktienbesitzes seitens der Aktionäre auf die Aktiengesellschaft. LZ. 1913/337 ff.
Derselbe, Ansprüche des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft aus dem Erwerb der Aktien. ZHR. 76/415 ff.
Brodmann, Erich, Ueber den Bericht der Aktienrechtskommission des Juristentages. ZHR. 94/69 ff.
Derselbe, Eigene Aktien, genehmigtes Kapital, Verschachtelung, Bank-Arch. XXXII, 46 ff.
Flechtheim, Julius, Das genehmigte Kapital nach dem Aktienrechtsentwurf. JW. 1930/3681.
Derselbe, Zur Aktienrechtsnovelle. Bank-Arch. XXXI, 10 ff.
Friedländer, Heinrich, Die Einmanngesellschaft, ZBH. 1926/13 ff.
Fricke, Helmuth, Mutter- und Tochtergesellschaft im Aktien- und Steuerrecht. ZBH. 1928/313 ff.
Hachenburg, Max, Verkauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft und eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Recht 1907/225 ff.
Hagens, Die rechtliche Gebundenheit des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft. LZ. 1907/242 ff.
Hofmannsthal, Emil von, Haftung der Banken für die von ihnen entsandten Aufsichtsräte. LZ. 1929/1235 u. Bank-Arch. 1929/30, 306.
Hueck, Alfred, Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. RGPrax. Band IV S. 176 ff.
Huppert, Haften die Banken für die von ihnen delegierten Aufsichtsratsmitglieder? LZ. 1930/1281 ff.
Moos, Felix, Die Schadenersatzansprüche des betrogenen Aktienerwerbers gegen die betrügende Gesellschaft. ZHR. 70/184 ff.
Moses, Siegfried, Ueber unwirksamen Beitritt zu einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Iher Jahrb. 53/395 ff.
Netter, Oskar, Ueber Erwerb und Einziehung eigener Aktien nach der Aktiennovelle. ZBH. 1931/241 ff.
Neufeld, Hans, Der Erwerb eigener Aktien. JW. 1931/3040 ff.
Nord, Walter, Kapitalrückzahlungen an Aktionäre. ZBH. 1931/176 ff.
Nußbaum, Arthur, Kleinaktionär und Rechtsprechung, Berliner Tageblatt vom 22. 5. 1924 Nr. 242, Handelsteil.
Pinner, Heinz, Zur Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankaufsicht und über Steueramnestie. JW. 1931/2931 ff.
Derselbe, Erwerb eigener Aktien und Rückzahlung der Einlage. Festschr. für Albert Pinner S. 613 ff.
Rosendorff, Richard, Keine Haftung der Banken für die von ihnen entsandten Aufsichtsräte. LZ. 1930/857 ff.
Rospatt, Aufsichtsratsmitglied „kraft Auftrag" oder „in amtlicher Eigenschaft". Bank-Arch. 1929/30, S. 157 ff.

Derselbe, Abtretung, Verpfändung, Pfändung und konkursrechtliche Behandlung rückständiger Einlagen der Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung. ZBH. 1932/30 ff.

Schmölder, Karl, Der Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. JW. 1930/2623 ff.

Sievers, Verkauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft. Recht 1906/974 ff.

Simon, Heinrich Veit, Die Ueberwälzung des Risikos des Aktienbesitzes seitens der Aktionäre auf die Aktiengesellschaft. LZ. 1913/11 ff.

Simonson, Haftung für delegierte Aufsichtsratsmitglieder. Bank-Arch. 1929/30, S. 404 ff.

Derselbe, Haftung der Banken für die von ihnen entsandten Aufsichtsräte? ZBH. 1930/33 ff.

Szamatolski, Hans, Haftung für delegierte Aufsichtsratsmitglieder. LZ. 1930/1435 ff.

Wieland, Alfred, Kauf und Verkauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaften im Verhältnis zu den aktienrechtlichen Bestimmungen über die Rückzahlung der Einlagen der Aktionäre und die Herabsetzung des Grundkapitals. ZHR. 67/1 ff.

Einleitung

Die vorliegende Arbeit hat es sich zur Aufgabe gemacht, die Frage des entgeltlichen Erwerbs von Aktien oder Geschäftsanteilen der herrschenden Gesellschaft (hG) durch die abhängige Gesellschaft (abhG) von dem Punkt aus weiter zu untersuchen, bis zu dem Wissenschaft und Praxis gekommen waren, als die Aktienrechtsnovelle vom 19. September 1931 erlassen wurde.

Es handelt sich hier nur um das Verhältnis zweier Kapitalgesellschaften zueinander, also um Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Nur der Fall, daß eine derartige abhG Aktien oder Geschäftsanteile der hG erwirbt, wird erörtert werden. Die Ergebnisse, zu denen diese Untersuchung führen wird, sollen dann mit der Regelung verglichen werden, die die Novelle getroffen hat. Die Novelle selbst soll in diesem Punkte Gegenstand einer kritischen Auseinandersetzung sein.

Die hier zu untersuchenden Probleme sind nicht neu. Schon im Jahre 1924, anläßlich jener Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 108/41, nach welcher die Zeichnung von Aktien der herrschenden Muttergesellschaft (MG) durch die abhängige Tochtergesellschaft (TG) nichtig sein soll, wurden sie vielfach diskutiert. Seitdem sind alle diese Fragen nicht mehr zur Ruhe gekommen. Das Reichsgericht hat noch einmal nebenbei in RGZ 115/246, 252 zu ihnen Stellung zu nehmen Gelegenheit gehabt und hat sich in diesem Erkenntnis auf einen seiner früheren Entscheidung entgegengesetzten Standpunkt gestellt.

In der Folgezeit hielt man jedoch diese Fragen noch nicht für genügend wissenschaftlich geklärt, und auch wohl für nicht so dringlich, deshalb stand man allgemein auf dem Standpunkt, sie noch nicht durch den Gesetzgeber regeln zu lassen, sondern die weitere Entwicklung wie bisher der Wis-

senschaft und Praxis zu überlassen[1]). Auf diesem Standpunkt verharrte auch noch der erste amtliche Entwurf eines neuen Aktiengesetzes (§ 56 E I), den das Reichsjustizministerium im Jahre 1930 herausgab.

Erst die zunehmende Verschärfung der wirtschaftlichen Krise in Deutschland in den Jahren 1930/31 und die damit in immer stärkerem Maße erfolgenden Interventionskäufe der Aktiengesellschaften an der Börse, an der die Gesellschaften ihre Aktien teils selbst aufkauften, teils durch von ihnen abhängige Untergesellschaften oder Konsortien aufkaufen ließen, veranlaßte schließlich den Gesetzgeber, den ganzen Fragenkomplex, und zwar im Zusammenhang mit der Regelung des Erwerbs eigener Aktien durch Neufassung des § 226 HGB zu regeln.

Diese Regelung geschah im Anschluß an jene vielbekämpfte Entscheidung des Reichsgerichtes in RGZ 108/41, die das Reichsgericht später selbst wieder aufgegeben hatte[2]) [3]). Auf diese Entscheidungen wird also im einzelnen einzugehen sein. Zuvor jedoch bedarf es einer Klärung der Begriffe „herrschende" und „abhängige" Gesellschaft.

---

[1]) Vgl. Geiler, Enq.-Aussch. S. 81.

[2]) In RGZ 115/246.

[3]) Vgl. Flechtheim, BA XXXI, S. 13; Netter, ZBH 1931/244.

1. Abschnitt

Begriff und Arten der Abhängigkeit einer Gesellschaft.

§ 1.

Herrschende und abhängige Gesellschaft.

I. Abhängig ist eine Gesellschaft dann von einer anderen, der herrschenden Gesellschaft, wenn die herrschende Gesellschaft auf den Willen der anderen Gesellschaft vermittels irgend einer Art rechtlicher Bindung der abhG maßgeblich einzuwirken imstande ist und auch von dieser Möglichkeit der Einwirkung Gebrauch macht[1]).

1. Das Merkmal der Abhängigkeit einer Gesellschaft von einer anderen ist also nur dann gegeben, wenn die hG die Möglichkeit der Einflußnahme auf die abhG besitzt und auch von dieser Möglichkeit Gebrauch macht[2]).

Die Ansicht von Lehmann-Hirsch[3]) und Horrwitz-Ullmann[4]), wonach allein die Möglichkeit der Einflußnahme genügen soll, dürfte nicht zutreffend sein. Denn eine AG, die ein Aktienpaket einer anderen AG besitzt, nur um damit an der Börse zu spekulieren, die sich jedoch um die Geschäftsführung der Gesellschaft, deren Aktionär sie ist, gar nicht kümmert und auch ihre Rechte in der Generalversammlung (GV) dieser Gesellschaft nicht wahrnimmt, „herrscht" nicht über diese, sie übt keinerlei Einfluß aus. Ebensowenig herrscht eine Gesellschaft, die die Aktienmajorität einer anderen besitzt, über diese, wenn sie sich der Minorität gegenüber durch Konsortialabmachungen gebunden hat[5]). Im Einzelfalle ist es also Tatfrage, ob Beherrschung vorliegt oder

---

[1]) So Staub-Pinner, Aktiennovelle § 226 Anm. 26; Haußmann, Tochtergesellschaft S. 23; Fricke, ZBH 1928/313 ff.; Neufeld JW 1931/3043; auch Kronstein S. 7.

[2]) Ebenso Schlegelberger-Quass.-Schm. § 226 Anm. 33.

[3]) § 226 Nov. Anm. 25.

[4]) § 226 Nov. Anm. 11.

[5]) Hausmann, Tochtergesellschaft S. 23.

nicht[6]). Auch das Reichsgericht scheint diese Ansicht zu vertreten. Es hat in RGZ 115/252, 253 ausgesprochen, daß trotz alleinigen Aktienbesitzes einer Gesellschaft die andere Gesellschaft doch nicht dann von der ersten abhängig ist, wenn die erste einer dritten Gesellschaft gegenüber in bestimmter Weise verpflichtet ist. Insoweit ist sie vielmehr nur von der dritten Gesellschaft abhängig.

2. Die herrschende Gesellschaft muß also auf den Willen der abhG einwirken. Sie muß demnach die Geschäftsführung der abhG bestimmen können. Eine solche Einwirkung auf den Willen der abhG liegt nicht vor, wenn die eine AG oder GmbH von einer anderen deren Werk gepachtet hat[7]). Die Verpächterin kann nämlich in ihren innergesellschaftlichen Angelegenheiten tun, was sie will, z. B. ohne Rücksicht auf die Pächterin die Dividenden, die Tantiemen für Aufsichtsratsmitglieder festsetzen, ihr Kapital erhöhen und herabsetzen.

3. Die Mittel, durch welche die hG in die Lage gesetzt wird, Einfluß auf die abhG zu nehmen, sind gleichgültig[8]). Nur muß die Abhängigkeit der Gesellschaft auf rechtlichen Gründen beruhen. Darunter sind solche Tatbestände zu verstehen, die Rechte auf Mitverwaltung der AG begründen, insbesondere also die Beteiligung. Eine bloß wirtschaftliche Abhängigkeit genügt daher nicht. Ist also eine Gesellschaft einer anderen stark verschuldet, so daß die Gläubigerin einen Druck auf die Schuldnerin auszuüben vermag, so wird die Schuldnerin um deswillen allein noch nicht zu einer abhG, da sie weiterhin in ihren W i l l e n s entschlüssen jedenfalls rechtlich vollkommen frei ist[9]).

---

[6] So Staub-Pinner, Nov. § 226 Anm. 26.

[7]) So Lehmann-Hirsch § 226 Anm. 30; Kronstein S. 54; z. T. auch Friedländer § 226 Anm. 14 d; a. M. Schlegelberger-Quass.-Schm. § 226 Anm. 33.

[8]) Gierke, Handelsrecht S. 322, § 41 IV 3; Staub-Pinner, Nov. § 226 Anm. 26; Quassowski, JW 1931/2919; Lehmann-Hirsch § 226 Anm. 25; Neufeld § 226 Anm. 5; a. M. Horrwitz-Ullmann § 226 Anm. 12.

[9]) So Lehmann-Hirsch § 226 Anm. 23; Kronstein S. 7; a. M. Dür-Hach-Flechtheim § 226 Anm. 45, 47; Horrwitz-Ullmann § 226 Anm. 12; Schlegelberger-Quass.-Schm. § 226 Anm. 33; Quassowski JW 31/2919.

Wenn Flechtheim[10]) dagegen meint, jede tatsächliche, auch eine rein wirtschaftliche Abhängigkeit genüge, um den Tatbestand der Abhängigkeit zu erfüllen, zumal eine Unterscheidung zwischen einer auf rechtlichen Gründen beruhenden Abhängigkeit und einer nur tatsächlichen praktisch nicht durchführbar sei, und auch die rein wirtschaftliche Abhängigkeit auf rechtlichen Beziehungen beruhe, so kann dem nach dem Gesagten nicht zugestimmt werden. Denn die rein wirtschaftliche Abhängigkeit läßt sich sehr wohl von der aus rechtlichen Gründen, wie sie hier verstanden wird, unterscheiden. Die rein wirtschaftliche Abhängigkeit beruht eben nicht auf Mitverwaltungsrechten. Hiergegen läßt sich m. E. auch nicht mit Flechtheim sagen, die Mitverwaltungsrechte, insbesondere die Beteiligung allein begründeten noch nicht den Tatbestand der Beherrschung, sondern erst die Vereinigung einer großen Zahl von Aktien in einer Hand. Das sei jedoch erst eine tatsächliche Folge. Trotzdem bleibt aber doch die Grundlage der Beherrschung das Bestehen der Mitverwaltungsrechte. Deshalb kann man dann von einer nur tatsächlichen Beherrschung nicht sprechen.

II. Nach den Mitteln, mit denen die abhG von der hG beherrscht wird, unterscheidet man nun verschiedene Arten der Abhängigkeit einer Gesellschaft von einer anderen. Man spricht von dinglicher Abhängigkeit, von obligatorischer und organisatorischer Abhängigkeit.

1. Dingliche[11]), auch stimmenmäßige[12]) oder effektenkapitalistische[13]) Abhängigkeit genannt, liegt dann vor, wenn die hG die abhG dadurch beherrscht, daß sie deren Aktien oder Geschäftsanteile besitzt und deshalb in der GV der abhG den Ausschlag zu geben vermag. In diesem Falle heißt die hG „Muttergesellschaft", die abhG „Tochtergesellschaft". Ueber das Verhältnis von MG und TG wird im einzelnen im folgenden Paragraphen zu handeln sein, da diese Art der wichtigste Fall der Abhängigkeit ist.

---

[10]) Bei Dür-Hach a. a. O.

[11]) Haußmann, Recht der Unternehmenszusammenfassungen S. 106.

[12]) Kronstein S. 7 ff.

[13]) Geiler, Gesellschaftliche Organisationsformen S. 69 ff.

2. Obligatorische oder vertragsmäßige Abhängigkeit liegt vor, wenn auf Grund eines Vertrages zwischen beiden Gesellschaften „der herrschenden Person die Möglichkeit gegeben wird, auf die Dauer in erheblichem Umfange — im Verhältnis zum Arbeitskomplex der abhängigen Person — den Willen der beherrschten entscheidend zu beeinflussen“[14]). Beispiele für derartige Verträge sind Betriebsüberlassungs-, Verwaltungs- und Dienstverträge, auf Grund deren die abhängige Person den Weisungen der herrschenden nachzukommen verpflichtet ist[15]). Entscheidend für das Vorliegen einer derartigen Abhängigkeit ist immer, daß die Handlungsfreiheit der abhG auf Grund des Vertrages mit der hG irgendwie rechtlich zugunsten dieser beschränkt wird.

3. Der Fall der organisatorischen Abhängigkeit endlich ist dann gegeben, wenn eine körperschaftliche Bindung der abhG besteht, die in ihrem Statut geregelt ist. „Sie kann in der Uebertragung der Wahl der Organe der abhängigen an die herrschende Person — gleichgültig ob sie Mitglied ist oder nicht — in deren Einflußrechten auf die Gewinnverteilung jener . . ., in der Umschreibung des „Gegenstandes des Unternehmens“ oder schließlich in einer Sondergewinnbeteiligung erheblichen Umfanges zum Ausdruck kommen“[16])[17]). Für diese Untersuchung ist nur der Fall von Belang, daß die hG auf die abhG durch die Verflechtung der Organe des Vorstandes und des Aufsichtsrates beider Gesellschaften Einfluß erlangt, weil gerade durch eine derartige Einflußnahme die abhG oft zu bedenklichen Käufen von Aktien der hG bestimmt wird.

So kann z. B. gemäß der Satzung der abhG der Vorstand durch die hG unmittelbar bestellt werden, oder seine Wahl kann an den Vorschlag der hG gebunden sein. Die Wahl des Vorstandes kann auf bestimmte, der hG verbundene Persön-

---

[14]) Kronstein a. a. O.

[15]) Haußmann a. a. O.; Kronstein S. 46 ff., 104; Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne S. 20 ff.

[16]) Kronstein S. 7, vgl. auch S. 17 ff.

[17]) Wegen der Zulässigkeit der Uebertragung der Wahl der Organe vgl. noch Staub-P. § 231 Anm. 20; Brodmann AktR § 231 Anm. 5a bezügl. des Vorstandes; Staub-P. § 243 Anm. 2 d S. 291; Brodmann § 243 Anm. 2a OLGR (Dresden) 43/311; RGZ 105/392 bezügl. des Aufsichtsrats.

lichkeiten beschränkt sein[18]). Diese Möglichkeiten sind zulässig, da das Gesetz nicht selbst bestimmt, von wem der Vorstand zu wählen ist, sondern die Regelung dieser Frage der Satzung überläßt.

Auf die Besetzung des Aufsichtsrates allerdings kann der hG durch Festsetzung eines bestimmten Wahl- oder Ernennungsmodus in der Satzung ein Einfluß nicht eingeräumt werden, da § 243 Abs. 1 HGB zwingend vorschreibt, daß die Wahl des Aufsichtsrates nur von der GV vorgenommen werden kann. Will also die hG auf die Besetzung des Aufsichtsrates der abhG sich Einfluß verschaffen, so kann sie dies nur dadurch tun, daß sie sich in den Besitz der genügenden Stimmenmehrheit in der GV der abhG setzt, sei es dadurch, daß sie selbst die erforderliche Anzahl der Aktien erwirbt[19]), sei es, daß sie mit den übrigen Aktionären entsprechende Vereinbarungen trifft, das Stimmrecht zugunsten des von der hG gewünschten Kandidaten auszuüben.

Anders gestaltet sich dagegen die Rechtslage, wenn die abhG eine GmbH ist und bei ihr satzungsgemäß ein Aufsichtsrat bestellt werden muß, den das Gesetz für die GmbH ja nicht obligatorisch vorschreibt. Zwar gilt auch in diesem Falle gemäß § 52 GmbhG die bereits angezogene Bestimmung des § 243 Abs. 1 HGB, aber nur „soweit nicht im Gesellschaftsvertrage ein anderes bestimmt ist". Der § 243 Abs. 1 HGB ist also hier nur dispositives Recht[20]). Daher kann das Statut für die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied, abweichend von der Regelung des Handelsgesetzbuches einen anderen Wahlmodus anordnen, oder sogar bestimmen, daß die Mitglieder des Aufsichtsrates von einem Gesellschafter, z. B. von der hG ernannt werden[21]). Auf diese Weise kann die hG auf die abhG einen ähnlichen Einfluß erlangen, wie durch die Mitwirkung bei der Bestellung der Vorstandsmitglieder.

---

[18]) Vgl. im einzelnen hierzu Kronstein S. 19 ff.

[19]) Dann ist die abhG von der hG gleichzeitig dinglich abhängig.

[20]) Vgl. Brodmann GmbHG § 52 Erläut. 2a.

[21]) Brodmann GmbHG a. a. O.; Hachenburg GmbHG § 52 Anm. 9; Bergmann, Einflußnahme öffentlicher Körperschaften auf den Aufsichtsrat S. 51 ff.

§ 2.

Das Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaft im besonderen.

Von Mutter- und Tochtergesellschaft spricht man nach den obigen Darlegungen dann, wenn ein dingliches oder effektenkapitalistisches Abhängigkeitsverhältnis zwischen zwei Gesellschaften besteht.

I. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis kann auf zwei Wegen herbeigeführt werden.

1. Entweder die MG gründet (zusammen mit anderen) eine neue Gesellschaft (AG oder GmbH) [1]). Sie übernimmt dabei einen so großen Teil der Aktien oder Geschäftsanteile der TG, daß sie in deren GV ihren Willen durchsetzen kann.

2. Oder sie kauft die Aktien oder Geschäftsanteile einer schon bestehenden AG oder GmbH auf und gewinnt hierdurch auf die TG Einfluß.

Während man früher nur im ersten Fall die abhG als TG bezeichnete, werden jetzt beide Fälle in dieser Beziehung einander gleichgestellt [2]).

II. Auch im zweiten Fall ist natürlich erforderlich, daß die MG soviel Aktien oder Geschäftsanteile der TG besitzt, daß sie in der GV der TG ihren Willen durchsetzen kann.

1. Wieviel Aktien dies sein müssen, ist allgemein nicht zu sagen; es hängt auch davon ab, was für Mehrheiten nach dem Statut der TG im Einzelfall erforderlich sind. Gewöhnlich wird eine absolute Mehrheit, also ein Aktienbesitz von 51% der TG erforderlich sein. Es kann aber auch sein, daß schon ein Aktienbesitz von nur 40% ausreicht, weil erfahrungsgemäß nicht alle Aktionäre in den Generalversammlungen der Gesellschaften vertreten zu sein pflegen. Endlich kann ein geringer Aktienbesitz zur Beherrschung ausreichen, wenn alle oder ein Teil der im Besitz der MG befindlichen Anteile Mehrstimmrechtsaktien sind [3]).

---

[1]) Daß Gründer einer AG eine juristische Person sein kann, ist unbestritten. Vgl. Brodmann AktR § 182 Anm. 3b; Staub-P. § 182 Anm. 5.

[2]) Vgl. Weisbart bei Ring-Schachian, Praxis der AG S. 449.

[3]) Mehrstimmrechtsaktien reichen allerdings wenigstens nach wohl h. M. in den Fällen zur Beherrschung nicht aus, in denen das Gesetz eine bestimmte Kapitalsmehrheit verlangt, z. B. in § 275 Abs. 2 HGB. So

2. Es kommt aber auch vielfach vor, daß die MG alle Aktien oder Geschäftsanteile der TG in den Händen hat, sei es, daß sie die Anteile nach der Neugründung der TG von den Mitgründern käuflich erworben hat[4]), sei es, daß die MG allmählich sämtliche Anteile einer früher selbständig bestehenden Kapitalgesellschaft an sich gebracht hat.

In solchem Falle spricht man von einer Einmanntochtergesellschaft. Die Zulässigkeit einer solchen Einmanngesellschaft und das Weiterbestehen ihrer Rechtspersönlichkeit ist in Deutschland gewohnheitsrechtlich seit langem anerkannt[5]). Dieser Fall der Einmanngesellschaft erscheint aber „nur als graduelle Spitze, nicht als qualitativer Sonderfall"[6]) im Vergleich zu den übrigen Fällen der Tochtergesellschaften. Dies ist jedoch nicht unbestritten.

So ist Heinrich Friedländer[7]) der Meinung, daß man den Fall der Einmanngesellschaft grundsätzlich anders behandeln und hierfür vom Begriff des Sondervermögens ausgehen müsse. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Friedländer beruft sich für seine Ansicht auf Karl Wieland. Gerade dessen abweichende Stellungnahme aber ist nicht klar und kann nicht gebilligt werden. Wenn Wieland[8]) ausführt, daß die Einmanngesellschaft nur insofern als fortlebend gedacht werden könne, als das Gesellschaftsvermögen, wenn auch Eigentum des einzig übrigbleibenden Teilhabers geworden, als S o n d e r v e r m ö g e n seine tatsächliche und rechtliche Selbständigkeit beibehalte, so

---

Brodmann, AktR § 275 Anm. 1b, § 251 Anm. 2c; Horrwitz, Recht der GV S. 405 a. E., 406 Anm. 37; RGZ 125/356 mit weiteren Literaturangaben; a. M. Staub-P. § 254 Anm. 4; Goldschmit AG. § 251 Anm. 4; Schmulewitz, Verwaltungsaktie S. 35 a. E., Frank-Fahle S. 50; Gierke, Handelsrecht S. 244.

[4]) Dieser Erwerb kann auch schon bei der Gründung ausgemacht worden sein, so daß die Mitgründer nur sogenannte Strohmänner waren und für Rechnung der MG die Aktien gezeichnet haben. Das ist zulässig, vgl. Brodmann § 182 Anm. 3b; Staub-P. § 182 Anm. 12.

[5]) Vgl. Gierke, Handelsrecht § 42 I, 6a S. 348; Haußmann, Tochtergesellschaft S. 32; RGZ 62/73.

[6]) Vgl. Geiler, Enq.-Aussch. S. 81.

[7]) Konzernrecht S. 122 ff.; ZBH 1926/22 ff.

[8]) Handelsrecht Band I S. 510.

leugnet er damit implicite die eigene juristische Persönlichkeit der Einmanngesellschaft. Denn ein Sondervermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit gibt es nicht. Es gehört vielmehr zum Begriff des Sondervermögens, daß es der Rechtspersönlichkeit gehört, die auch Träger des übrigen nicht abgesonderten Vermögens ist[9]). Wieland hat diese Meinung später auch nicht mehr vertreten[10]). Allein auch die nun von ihm vertretene Ansicht ist unzutreffend. Er führt aus: Zwar sei, wenn die MG sämtliche Anteile der TG besitzt, die rechtliche Selbständigkeit beider Gesellschaften nicht in Frage gestellt. Wohl aber werde das Vermögen der TG in vollem Umfange zum Vermögen der MG, solange die Vereinigung andauert; es bleibe aber ein rechtlich getrenntes Sondervermögen. Hiernach aber würde die Einmanngesellschaft zwar als juristische Person weiterbestehen, aber ohne Vermögen, da ihr Vermögen der MG als Sondervermögen gehört. Das ist aber unmöglich, denn damit wäre die Rechtspersönlichkeit der Einmanngesellschaft zu einer inhaltlosen Form geworden.

Wielands Stellungnahme hängt aber offenbar mit seiner Grundhaltung zusammen, den Begriff der juristischen Person aufzulösen, wie dies zum Ausdruck kommt, wenn er sagt[11]), daß man in den Gesellschaftern und nicht in der Gesellschaft selbst den wahren Eigentümer des Vermögens erkennen müsse. Das mag zwar wirtschaftlich zutreffend sein; es ändert aber nichts daran, daß die Rechtspersönlichkeit der Kapitalgesellschaften respektiert werden muß, gerade weil diese Gesellschaften sich auf Grund der Bedürfnisse der Wirtschaft zu dieser besonderen Gestaltung entwickelt haben. Diese ist daher auch für die rechtliche Betrachtung maßgeblich.

Die ablehnende Stellungnahme Brodmanns[12]) gegenüber der Ansicht Wielands ist daher zutreffend, wenngleich seiner

[9]) Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürg. Rechts Band I, 1 § 125 I, wo gesagt ist, daß Sondervermögen nur in gewissen Beziehungen, namentlich in bezug auf die Schuldenhaftung, als ein Ganzes und von dem übrigen Vermögen verschieden behandelt werden.

[10]) Handelsrecht Band II S. 381.

[11]) a. a. O. S. 390.

[12]) GmbHG § 2 Erl. 8 S. 17.

Formulierung, daß es sich bei dem Verhältnis von Einmanntochtergesellschaft zur Muttergesellschaft um ein Vermögen in der Hand zweier Rechtssubjekte handele, nicht ohne weiteres zugestimmt werden kann. Vielmehr sind m. E. Gesellschaftsvermögen und Vermögen des einzigen Gesellschafters durchaus zwei getrennte Vermögensmassen. Man kann höchstens sagen, daß dem Gesellschafter das Reinvermögen der Gesellschaft gehört, nämlich das, was im Liquidationsfalle nach Abzug der Schulden übrig bleibt. Nur insoweit könnte man mit Brodmann von einem Vermögen in der Hand zweier Rechtssubjekte sprechen.

III. Bei der Behandlung des Verhältnisses von MG und TG ist endlich noch eine Frage kurz zu behandeln, die zu den strittigsten auf diesem Gebiet gehört.

Es handelt sich um die Frage, ob bei der engen Verknüpfung von MG und TG infolge der effektenkapitalistischen Abhängigkeit der TG eine einheitliche rechtliche Behandlung der in Betracht kommenden Fälle geboten ist und möglich erscheint. Bestünde diese Möglichkeit, so müßte der Erwerb von Aktien oder Geschäftsanteilen der MG durch die TG so behandelt werden, als erwerbe sie die MG selbst, also als zeichne oder kaufe sie ihre eigenen Aktien.

Dies bejahen im Prinzip die Vertreter der sogenannten Einheits- oder Einheitlichkeitstheorie.

Es sind insbesondere Heinrich Friedländer und Rudolf Isay. Isay hat zunächst in seinem schon im Jahre 1910 erschienenen Buche „Das Recht am Unternehmen" die Meinung vertreten, daß auch bei sogenannten „Komplexen Unternehmungen", das heißt solchen wirtschaftlich einheitlichen Unternehmungen, die sich im Besitze verschiedener Rechtssubjekte befinden, ein einheitliches „Recht am Unternehmen" gegeben sei, so daß die verschiedenen rechtlich selbständigen Einzelfirmen oder Gesellschaften z. B. „alle rechtlichen Schutz gegen Störung genössen"[13]). Für den Fall der Einmanngesellschaft geht Isay sogar soweit, zu sagen, es handele sich hier nur um ein juristisches Scheinwesen und man könne unmöglich zwei selbständige Unternehmungen annehmen, da der Begriff des Unternehmens aus dem Leben

[13]) Isay S. 96.

entnommen, aus den tatsächlichen Verhältnissen abstrahiert sei und es daher für ihn nur auf die wirkliche Sachlage, nicht auf die juristische Gestaltung ankomme.

Und in späterer Zeit, an einer anderen Stelle[14]) erklärt Isay ausdrücklich, MG und TG für „wirtschaftlich allerdings vollkommen identisch" und zieht daraus für die rechtliche Seite die Folgerung, daß die TG mit den Aktien der MG in der GV der MG nicht abstimmen dürfe. Isay geht damit über seine ursprüngliche Annahme eines gemeinsamen Störungsschutzes weit hinaus.

Haußmann[15]) weist demgegenüber darauf hin, daß es für die Erörterung von Rechtsfragen entscheidend auf die rechtliche Gestaltung ankomme und es erst eine zweite Frage sei, wie diese Gestaltung durch die wirtschaftlichen Verhältnisse beeinflußt werde. Daß diese Ausführungen Haußmanns zutreffend sind, zeigt sich, wenn man die Folgen betrachtet, die die Isay'sche Meinung, konsequent durchgeführt, haben würde. Hätte nämlich die TG infolge gänzlicher Beherrschung durch die MG ihre rechtliche Selbständigkeit verloren, so würden Vorstand und Aufsichtsrat der TG gewissermaßen in der Luft schweben oder allenfalls zu Filialleitern der MG werden. Auch würde, worauf J. von Gierke[16]) hinweist, die MG in der GV der TG kein Stimmrecht mit den Aktien der TG haben, da es sich bei der Einheit der Gesellschaften um ein Stimmen mit eigenen Aktien handeln würde.

Tatsächlich zieht auch kein Vertreter der Einheitstheorie diese radikalen Folgerungen[17]). Vielmehr betont Friedländer, daß man die Entscheidungen aus dieser Theorie nicht schablonenmäßig ableiten könne[18]). Mit Recht kann aber dann Haußmann Friedländer entgegenhalten, daß eine solche abgeschwächte Theorie keinen Wert habe[19]). Denn gerade die Frage, in welchen Fällen eigentlich die Einheitstheorie angewendet werden soll und kann, wird von ihr nicht beantwortet.

---

[14]) Kart. Rdsch. 1922/202.

[15]) Tochtergesellschaft S. 27.

[16]) a. a. O. § 41 IV 3, 1 S. 334.

[17]) Vgl. hierzu auch Nußbaum JW 1927/2989.

[18]) Konzernrecht S. 43, ZBH 1926/137 ff.

[19]) Recht der Unternehmenszusammenfassungen S. 93.

Andererseits bedarf es auch ihrer nicht, um Mißbräuche der Rechtsform der TG im Einzelfalle als Gesetzesumgehungen für nichtig zu erklären[20]). Die Einheitstheorie ist demnach abzulehnen[21]).

---

[20]) Vgl. OLG Hamm in Kart. Rdsch. 1925/609 ff.: „Die Identität (zwischen MG und TG) ist unbedenklich dann zu bejahen, wenn die Tochtergesellschaft zu dem Zweck gegründet ist, um von der Muttergesellschaft als Strohmann benutzt zu werden". Zustimmend RGZ 115/252.

[21]) Ebenso Schlegelberger-Quass.-Schm. § 226 Anm. 32.

2. Abschnitt

Der Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft.

War im 1. Abschnitt von Begriff und Arten der Abhängigkeit einer Gesellschaft die Rede, so sollen nun die Probleme des entgeltlichen Erwerbs von Aktien oder Geschäftsanteilen der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige behandelt werden, und zwar zunächst der Fall, daß die Tochtergesellschaft Aktien oder Geschäftsanteile der Muttergesellschaft erwirbt, also der Aktienerwerb durch eine dinglich beherrschte Gesellschaft. Sodann wird der Aktienerwerb von Gesellschaften erörtert werden, die in anderer Weise (durch obligatorische Verträge oder organisatorisch) abhängig sind. Im 3. Abschnitt sollen schließlich die Bestimmungen des § 226 in der Fassung der Aktiennovelle, soweit sie mit diesem Thema in Beziehung stehen, betrachtet werden.

Die TG kann Aktien oder Geschäftsanteile*) der MG auf verschiedene Weise entgeltlich erwerben.

1. Die TG zeichnet Aktien der MG.
2. Die TG kauft Aktien der MG, die bisher in deren Besitz waren, von ihr selbst.
3. Die TG kauft Aktien der MG von einem Dritten.

§ 3.

Der Aktienerwerb von der Muttergesellschaft unmittelbar durch Zeichnung oder Kauf.

I. Die TG kann Aktien der MG nur dann durch Zeichnung erwerben, wenn die MG ihr Grundkapital erhöht und dadurch neue Aktien entstehen. Denn die Aufbringung des

*) Die folgenden Ausführungen gelten jeweils auch dann, wenn die MG eine GmbH ist und die TG deren Geschäftsanteile erwirbt. Der Fall wird daher ausdrücklich nicht erörtert.

für die Kapitalerhöhung notwendigen Betrages erfolgt durch Zeichnung, kraft deren der Zeichner die Verpflichtung übernimmt, den gezeichneten Betrag der Gesellschaft zu zahlen, während die Gesellschaft verpflichtet ist, dem Zeichner die Aktienrechte zu gewähren.

Es handelt sich im Falle der Zeichnung um einen originären Aktienerwerb, da der Zeichner Aktien erhält, die vorher noch nicht existierten. Denn die Aktien entstehen erst mit der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung im Handelsregister (§ 287 HGB). „Mit der Eintragung trat die Kapitalerhöhung ins Leben und in demselben Augenblick war die Verpflichtung zur Gewährung der Aktienrechte, die für die Aktiengesellschaft durch die Annahme der Zeichnung sämtlicher Aktien entstanden war, kraft Gesetzes erfüllt."[1])

II. Ist diese Zeichnung der TG von Aktien der MG rechtsgültig?

1. Grundsätzlich kann eine juristische Person, also auch eine AG oder GmbH, ebenso wie sie als Gründer einer AG deren Aktien übernehmen kann, bei der Kapitalerhöhung einer Gesellschaft deren neuauszugebende Aktien auch zeichnen.

2. Es fragt sich nur, ob gegen diese Zeichnung deshalb Bedenken bestehen können, weil hier die zeichnende Gesellschaft zugleich die TG der ihr Kapital erhöhenden MG ist.

Das Reichsgericht hat in der schon eingangs erwähnten Entscheidung RGZ 108/41 ff.[2]) diesen Fall dahin entschieden, daß eine derartige Zeichnung unzulässig sei.

a) Das Reichsgericht erklärte damals — ausgehend wohl von der hier abgelehnten Einheitstheorie —, daß das Vermögen der TG, deren Kuxe[3]) sich fast ganz in den Händen der MG befanden, in Wahrheit Vermögen der MG sei. Infolgedessen habe eine Kapitalerhöhung der MG nur dem Namen nach stattgefunden, weil neue Mittel, die der MG durch die Kapitalerhöhung zugeführt werden sollen, ihr infolge der Vermögensidentität mit der TG nicht zugeflossen seien. Da eine

---

[1]) RGZ 85/330, vgl. auch Gierke a. a. O. S. 392; Staub-P. § 281 Anm. 2, § 287 Anm. 4.

[2]) = JW 1924/679 ff.

[3]) Es handelte sich um eine bergrechtliche Gewerkschaft.

Vermögensidentität beider Gesellschaften aber nicht besteht, was sich schon daraus ergibt, daß die Gesellschaften verschiedene Gläubiger haben, „die sich nicht ohne weiteres an das Vermögen der anderen Gesellschaft halten können"[4]), ist auch die Folgerung, die das Reichsgericht zieht, nicht zutreffend. Denn die MG erhält neue Aktiven zugeführt. Flechtheim führt mit Recht aus[5]): „Erwirbt . . . die TG Aktien der MG, so wird sie für den noch nicht eingezahlten Teil persönliche Schuldnerin, und die MG hat den Zugriff auf das ganze Aktivvermögen der TG, konkurriert also mit deren übrigen Gläubigern. Das bedeutet für die Gläubiger der MG eine zusätzliche Haftung gegenüber dem bloßen Besitz der MG an den Aktien der TG." In der Liquidation der TG würde nämlich die MG als deren Aktionärin erst nach Befriedigung aller Gläubiger der TG befriedigt werden (§ 300 HGB).

Diese Grundsätze gelten selbstverständlich, gleichgültig wie hoch die Beteiligung der MG an der TG ist, auch wenn die TG Einmanngesellschaft und die MG im Besitz deren sämtlicher Aktien ist, für alle Tochtergesellschaften. Weil also auch der Fall der Einmanngesellschaft keine Ausnahme bildet, kann aber der Meinung Brodmanns (oder wenigstens seiner Begründung) nicht zugestimmt werden. Brodmann geht davon aus[6]), daß im Falle der Einmanngesellschaft auf Grund ihrer Aktienzeichnung bei der Kapitalerhöhung der MG „auf diesem Wege nichts in das Vermögen der Muttergesellschaft hineinkommt, was nicht, wenn auch in anderer Struktur, schon in ihm liegt, nämlich in Gestalt des Eigentums an allen Aktien der TG". Das ist mindestens nicht in allen Fällen zutreffend.

Nimmt man nämlich an, daß eine derart überschuldete TG, deren Liquidation keinen Ueberschuß ihrer Passiven über die Aktiven ergeben würde und damit auch kein zur Verteilung an die MG kommendes Vermögen, Aktien der MG zeichnet, so erhält die MG als Gläubigerin im Falle der

---

[4]) Flechtheim, JW 1924/679 Anm.; ebenso Geiler, Enq.-Aussch. a. a. O.; Schmulewitz, S. 146.

[5]) a. a. O.

[6]) AktR § 281, Erl. 1c.

Liquidation oder des Konkurses der TG[7]) wenigstens einen Teil des gezeichneten Aktienbetrages, während sie sonst ganz leer ausgehen würde.

Aber auch dann, wenn eine Liquidation der TG einen Ueberschuß ihrer Aktiven über ihre Schulden ergeben würde, der der MG gemäß § 300 HGB ganz, wenn sie alle Aktien der TG besitzt, oder sonst wenigstens zum großen Teil zufließt, müßte m. E. ebenfalls angenommen werden, daß die MG durch die Zeichnung der TG neues Vermögen zugeführt erhält. Denn durch die Zeichnung der TG wird die MG ihre Gläubigerin. Sie kann also den Zeichnungsbetrag schlimmstenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung beitreiben lassen und hat dann auch den Zinsgenuß des Geldes, das sie vielleicht gewinnbringender verwenden und anlegen kann als die TG.

Ohne dieses Gläubigerrecht hat die MG dagegen gemäß § 215 HGB lediglich den Anspruch auf den Reingewinn der TG, welcher als Dividende zur Verteilung gelangt. Das gesamte übrige Vermögen der TG unterliegt jedoch ebenso wenig ihrem Zugriff wie die Zinsen, die dieses Vermögen trägt und die zusammen mit ihnen in erster Linie den Gläubigern der TG haften.

Gerade darin also, daß die MG auf Grund der Zeichnung der TG in eine andere Rechtsbeziehung zu ihr tritt, nämlich in das Gläubiger-Schuldnerverhältnis, ist ein Vermögenszuwachs für die MG zu erblicken. Denn infolge ihrer anderen Rechtsstellung zur TG gelangt die MG in die Lage, über der TG gehörige Vermögensgegenstände früher verfügen zu können, als sie es als bloße Gesellschafterin hätte tun können.

Der erste vom Reichsgericht genannte Grund, es liege eine Kapitalerhöhung nur dem Namen nach vor, ist also unzutreffend.

b) Aber auch der zweite Grund, den das Reichsgericht für die Unzulässigkeit der Aktienzeichnung der TG angibt, ist m. E. nicht stichhaltig.

---

[7]) Außer wenn die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit wegen Benachteiligung der Gläubiger der TG gegeben sind.

Das Reichsgericht meint, es liege „zwar nicht unmittelbar, aber doch der Sache nach ein mit der Vorschrift des § 226 Abs. 2 HGB a. F. in Widerspruch stehender Erwerb eigener nicht voll bezahlter Aktien vor."

Das ist schon deshalb unrichtig, weil es sich im Falle der Zeichnung um einen originären Aktienerwerb handelt[8]), der § 226 HGB a. F. aber nur den Aktien k a u f, also einen derivativen Erwerb regelt und auf einen originären Erwerb e i g e n e r Aktien schon deshalb auch keine entsprechende Anwendung finden kann, weil es nach allgemeiner Auffassung[9]) nicht statthaft ist, daß eine Gesellschaft ihre eigenen Aktien überhaupt originär erwirbt, also sie bei einer Kapitalerhöhung selbst zeichnet. Allein dieses Bedenken würde dann nicht so schwer wiegen, wenn der Zweck des im § 226 HGB ausgesprochenen Rechtssatzes wenigstens für den Fall der Zeichnung d e r T G zuträfe, denn dann könnte man wegen Gleichheit des Rechtsgrundes auch in beiden Fällen die gleichen Rechtsfolgen eintreten lassen.

Was ist also die ratio legis des § 226 HGB?

Der Zweck dieser Bestimmung ist zunächst, „die widernatürliche Vereinigung der Mitgliedschaft mit der eigenen Gesellschaft zu verhindern"[10]).

Weiter soll vermieden werden, daß durch Aufkäufe von eigenen Aktien eine künstliche Kurssteigerung dieser hervorgerufen und dadurch das Publikum über den inneren Wert der Aktien und die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft überhaupt getäuscht wird. Eine solche Täuschung des Publikums tritt auch dann ein, wenn die Tendenz des Sinkens der Aktienkurse besteht und die AG, um den alten Kurs aufrecht zu erhalten, eigene Aktien an der Börse aufkauft und damit

---

[8]) Vgl. Flechtheim, JW a. a. O.

[9]) Staub-P. § 281 Anm. 3; Brodmann, AktR § 226 Erl. 5b, § 281 Erl. 1c; Fricke, ZBH 1928/320.

[10]) Vgl. Flechtheim, Enq.-Aussch. S. 24 c. cit.; ferner Brodmann, AktR § 226 Erl. 1; Staub-P., Einleitung zu § 226; Lehmann, Recht der AG Bd. II S. 75.

durch Vermehrung der Nachfrage einen Kurssturz verhindert oder sogar eine Kurssteigerung erreicht[11]).

Ferner wird durch solchen Erwerb auch die Liquidität der Gesellschaft beeinträchtigt, wenn es sich, wie gewöhnlich, um große Summen handelt, die zum Aufkauf eigener Aktien ausgegeben werden. Auch können bei späteren Weiterverkäufen der aufgenommenen eigenen Aktien erhebliche Kursverluste entstehen, wodurch das Vermögen der AG weiterhin stark in Mitleidenschaft gezogen wird.

Endlich steht zu befürchten, daß durch den Ankauf eigener Aktien den Aktionären ihre Einlage zurückgewährt werden kann[12]).

Brodmann[13]) nennt noch einen weiteren für das Verbot des Ankaufs eigener Aktien maßgeblichen Grund: „Erwirbt die Gesellschaft eigene Aktien zu einem Preise, welcher ihrem Wert entspricht, so sieht das so aus, als tausche sie lediglich Wert um Wert. In Wahrheit gibt sie den Preis aus, um dafür etwas zu erhalten, was sie schon besitzt. Ihr Vermögen wird um das Geld gemindert und was sie dafür erwirbt, ist nichts als die Beteiligung an Werten, die ihr bereits voll gehören"[14]).

---

[11]) Flechtheim, Enq.-Aussch. a. a. O.; Fischer in Ehrenbergs Handb. S. 164; Lehmann a. a. O. S. 79; Ruth S. 24 ff.; Gierke, Handelsrecht S. 347.

[12]) Lehmann a. a. O. S. 76; Flechtheim a. a. O.; Dür-Hach-Flechtheim § 226 Anm. 2.

[13]) AktR § 226 Erl. 1a.

[14]) Nicht zutreffend dagegen ist der Grund, den Ruth (S. 26) für besonders wichtig hält. Er meint, in dem Ankauf von Aktien liege eine Begünstigung der veräußernden Aktionäre. Sie würden durch die AG selbst von einem Risiko befreit, das nunmehr die übrigbleibenden Aktionäre in verstärktem Maße treffe. „Wer eine unter insgesamt 1000 Aktien eines Unternehmens besitzt, hat einen berechtigten Anspruch darauf, daß stets nur 1/1000 aus der Gesamthöhe eintretender Verluste seine Einlage trifft und nicht ein mehr- oder vielfaches davon" .. (S. 28). Zunächst hat kein Aktionär, juristisch gesehen, ein Risiko zu tragen. Er kann nach Leistung seiner Einlage nicht mehr von der AG in Anspruch genommen werden. Er hat und behält seine Mitgliedschaftsrechte unabhängig von der Vermögenslage der AG, es sei denn im Falle der Kapitalsherabsetzung. Einen „Anspruch" darauf, nur

Alle die aufgezählten Gründe, die das Verbot des Erwerbs eigener Aktien rechtfertigen, liegen aber dann nicht vor, wenn die TG Aktien der MG, sei es originär durch Zeichnung, sei es auch derivativ durch Kauf von der MG (oder auch von einem Dritten) erwirbt. Eine Vereinigung der Mitgliedschaft mit der eigenen Gesellschaft tritt nicht ein, wenn die TG Aktien der MG erwirbt. Denn daran ist festzuhalten, daß beide Gesellschaften verschiedene Rechtssubjekte sind[15]). Weiter wird zwar, wenn ein Kauf der TG an der Börse stattfindet, wenn also die TG Aktien der MG von einem Dritten kauft, der Kurs der Aktien der MG beeinflußt, aber das ist beim Kaufe dritter Personen, zu denen ja auch die TG gehört, immer so, und eine Täuschung über die Kreditwürdigkeit der MG tritt hierdurch grundsätzlich nicht ein. Auch müßte man dann, wollte man sich auf einen anderen Standpunkt stellen, den Aktienerwerb durch ein der MG nahestehendes Effektenkonsortium ebenfalls den Grundsätzen des § 226 HGB unterstellen, denn hierdurch wird derselbe Erfolg erzielt, wie durch den Aktienerwerb der TG.

Fraglich kann nur sein, ob nicht eine Einschränkung dann gemacht werden muß, wenn die TG nur von der MG kraft deren Einflusses dazu benutzt wird, das Verbot des § 226 HGB zu umgehen und Käufe von Aktien der MG an der Börse vorzunehmen, die die MG selbst nicht vornehmen durfte. Hier wird geprüft werden müssen, ob der Erwerb der TG etwa aus dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung nichtig ist. Auf diese Frage wird jedoch noch in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein[16]). Denn sie spielt gerade für den Fall der Zeichnung und des Kaufes von Aktien

---

einen der Einlage entsprechenden Teil des Risikos tragen zu müssen, gibt es also nicht. Auch werden die übrigbleibenden Aktionäre nicht durch die Verengerung des Kreises der Aktionäre infolge Ankaufs eigener Aktien durch die AG geschädigt. Die Schädigung der AG — und damit mittelbar auch der Aktionäre (Dividendenausfall) — erfolgt durch den Verlust der zum Ankauf der eigenen Aktien verwendeten Mittel. Dieses Argument Ruths trifft also in Wahrheit mit den schon im Text erwähnten Gründen der Liquiditätsbeeinträchtigung zusammen.

[15]) So RGZ 103/64; 115/246 ff.; OLG Hamm Kart. Rdsch. 1925/609 ff.

[16]) Vgl. unten § 6 I.

von der MG unmittelbar gar keine Rolle, weil in diesen beiden Fällen eine Umgehung des § 226 HGB gar nicht vorkommen kann. § 226 verbietet nämlich gar nicht die Zeichnung eigener Aktien, wie schon hervorgehoben wurde. Ein käuflicher Erwerb eigener Aktien durch die MG aber steht ebenfalls nicht in Frage, weil die MG die Aktien ja bereits besitzt und sie gerade gern veräußern möchte.

Der dritte Grund — Liquiditätsverringerung bei der MG — trifft beim entgeltlichen Erwerb ihrer Aktien durch die TG ebenfalls nicht zu. Denn die MG zahlt in allen diesen Fällen kein Geld aus.

Die MG zahlt auch, wenn die TG deren Aktien erwirbt, aus demselben Grunde keine Einlage heraus. Vielmehr ist der Anspruch gegen die TG auf Zahlung der etwa rückständigen Einlage „eine echte Forderung und genau so bilanzfähig, wie sonst die Forderungen der MG gegen die TG“[17]).

Endlich berührt auch der von Brodmann geltend gemachte Grund nicht diesen Fall, denn die MG erwirbt gar nicht eigene, sondern die TG fremde Aktien.

Demnach ist § 226 HGB a. F. auch nicht der Sache nach auf den Aktienerwerb durch die TG anwendbar, weder auf den Erwerb durch Zeichnung, noch auf den durch Kauf.

c) Der letzte Grund, den das Reichsgericht anführt, um seine Entscheidung — die Nichtigerklärung des Kapitalerhöhungsbeschlusses der MG — zu begründen, und den es im sittenwidrigen Ausschluß des Bezugsrechtes der Aktionäre erblickt, interessiert bei dieser allgemeinen Betrachtung nicht, weil das Reichsgericht zur Feststellung der Sittenwidrigkeit lediglich auf die besonderen Umstände des damals zur Entscheidung stehenden Einzelfalles abstellte.

3. Hiernach hat es den Anschein, als ob die Entscheidung des Reichsgerichtes, in Anbetracht dessen, daß die Kritik Flechtheims an den die Entscheidung tragenden Gründen als berechtigt anerkannt werden muß, auch im Ergebnis unzutreffend wäre, und daß alle diejenigen, die die Entscheidung zum mindesten im Ergebnis für richtig halten, wie Nuß-

---

[17]) Vgl. Flechtheim, Enq.-Aussch. a. a. O.

baum[18]), Brodmann[19]), Weisbart[20]) und zum Teil auch Kronstein[21]), im Unrecht seien.

Allein man muß sich nur folgenden Fall vor Augen halten, den Rudolf Isay als erster erkannt hat, um zu sehen, daß das Ergebnis, zu dem Flechtheim gelangen will, höchst bedenklich und gefährlich ist.

„Die AG erhöht ihr Kapital, die jungen Aktien werden von der Tochtergesellschaft übernommen und bezahlt. Nunmehr erhöht die Tochtergesellschaft ihr Kapital um den gleichen Betrag. Die Muttergesellschaft übernimmt die neuen Anteile und bezahlt sie mit der Summe, die sie soeben von der Tochtergesellschaft bekommen hat. Nunmehr erfolgt wiederum eine Kapitalerhöhung bei der Muttergesellschaft und so mit Grazie in infinitum"[22]).

In diesem Falle findet durch die beiderseitigen Zeichnungen der Gesellschaften bei ihren äußerlich korrekten Kapitalerhöhungen eine „Kapitalverwässerung"[23]) statt, durch die in der Oeffentlichkeit ein falsches Bild über den Stand und die Kreditwürdigkeit der Gesellschaften hervorgerufen und der Anschein erweckt wird, als sei der Betrag des eingezahlten Grundkapitals wesentlich höher als er tatsächlich ist. Die Grundkapitalziffer auf der Passivseite der Bilanz erfüllt also nicht mehr ihre Funktion als Sollziffer.

4. Man kann jedoch m. E. nicht den Weg gehen, den Brodmann[24]) weist, um dieses unzweifelhaft untragbare Ergebnis, zu dem die gegenteilige Entscheidung des Falles führen würde, zu vermeiden. Dieser Weg ist nicht deshalb ungangbar, weil er zu kompliziert ist[25]) — das wäre, wenn

---

[18]) „Kleinaktionär und Rechtsprechung" im Handelsteil des Berliner Tageblattes vom 22. 5. 1924.

[19]) AktR § 281 Anm. 1c.

[20]) Bei Ring-Schachian S. 450.

[21]) S. 122 ff.

[22]) Isay, Kart. Rdsch. 1922/202; ebenso Tschierschky, Kart. Rdsch. 1922/205; Brodmann, AktR § 281 Erl. 1c; Sanierung S. 32; Kronstein S. 122 ff.

[23]) Isay a. a. O.

[24]) Sanierung S. 30 ff.

[25]) Flechtheim, JW 1930/3681; ebenso Homburger, Neugestaltung S. 30 ff.

die Ansicht Brodmanns richtig wäre, kein Grund —; Brodmanns Weg erscheint vielmehr aus in der Sache selbst liegenden Gründen nicht gangbar.

Brodmann geht, um dieses Problem der Verschachtelung zu lösen, vom Begriff der Aktie aus. Er meint, bei Anerkennung der selbständigen Rechtspersönlichkeit der AG und bei Anerkennung der Tatsache, daß sie und nicht die Aktionäre Träger des Gesellschaftsvermögens sei, ließe sich doch nicht verkennen, „daß dieses selbe Vermögen — im Anfang die Summe verschiedener Vermögensgegenstände, im weiteren Verlauf der Dinge das Reinvermögen der Gesellschaft — zugleich die Substanz des Rechts der Aktionäre aus der Aktie ausmacht"[26]). Was der Aktie Wert verleihe, sei die Substanz des in ihr verkörperten Rechts jener Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Das ist unzweifelhaft richtig und ergibt sich auch aus § 300 HGB, wonach die Aktionäre das bei der Liquidation der AG verbleibende Reinvermögen, das nach Berichtigung der Schulden der Gesellschaft als Rest verbleibt, ausgeschüttet erhalten.

Brodmann kennzeichnet diesen Sachverhalt folgendermaßen: die Aktie sei im Gesellschaftsvermögen f u n d i e r t.

Er kommt zu dem Ergebnis, daß, wenn die TG ihr Kapital z. B. um 500 000 RM. erhöht und die MG die jungen Aktien der TG zeichnet und dafür die Einlage in Höhe von 500 000 RM. bei der TG leistet — der umgekehrte Fall wie der hier behandelte — dieser Vorgang auf seiten der MG bisher immer falsch verbucht worden sei.

„Es kommt darauf an, den Vorgang so zu verbuchen, daß die materielle Seite der Sache richtig zum Ausdruck kommt. Das wird übersehen. Muß es dabei bleiben, daß mit der Zahlung der 500 000 RM. deren — der TG — Grundkapital, ihr Grundkapitalkonto, um diesen Betrag erhöht wird, so kann die übliche Verbuchung des Vorganges auf der Seite der Muttergesellschaft (auf der Seite der Aktiven wechselt der Betrag von Bank- oder Kassakonto auf Konto der Wertpapiere) nicht richtig sein"[27]). Vielmehr müßte sich der Ausgleich an der Grundkapitalziffer der MG oder sonst

---

[26]) Sanierung S. 30.

[27]) Sanierung S. 32.

irgendwie in ihren Buchungen vollziehen; falls die MG den Zeichnungsbetrag aus Reserven aufbringen könnte, müßten diese auch verschwinden. Hätte sie keine Reserven und auch keine Gewinne, von denen sie den Zeichnungsbetrag bezahlen könnte, so müßte entweder ihr Grundkapital herabgesetzt werden oder sie müßte mit Unterbilanz wirtschaften. „Buchmäßig kann das — die Zahlung an die TG — nur so zum Ausdruck kommen, daß der Abgang der 500 000 RM. nicht dadurch ausgeglichen wird, daß man die Aktien der Tochtergesellschaft aktiviert. Sie sind wohl in der Bilanz zu erwähnen, aber vor der Linie. Als ein das Grundkapitalkonto balancierender Aktivposten dürfen sie nicht geführt werden."[28])

Zur Begründung für dieses Ergebnis führt Brodmann folgendes aus: „Der Gesellschaft wird eine Kontrolle des Vermögens zur Pflicht gemacht, ob und inwieweit das Grundkapital, also auch die Aktien, in welche es zerlegt ist, durch das vorhandene Reinvermögen fundiert werden. Es ist doch wohl klar, daß dabei ein und dasselbe Vermögen im Betrage des Grundkapitals und einer dementsprechenden Zahl von Aktien nur einmal und nicht zweimal oder noch öfter zum Fundament dienen kann. Selbstverständlich sind die Aktien der Tochtergesellschaft nicht deshalb irgendwie wertloser, weil sie sich in der Hand der Muttergesellschaft befinden. Es handelt sich überhaupt nicht um die Aktien der Tochtergesellschaft, sondern um das Fundament der Aktien der Muttergesellschaft. Und da vermögen erstere in der Bilanz der Muttergesellschaft diejenige Funktion, die ihnen nach den für die AG geltenden Vorschriften damit zukommt, daß sie als Aktiven in die Bilanz eingestellt werden, nicht zu versehen. An sich sind sie nur Papier. Das Vermögen aber, das ihnen ihren Wert verleiht, ist schon in Anspruch genommen, um sie selbst zu fundieren und kann das nicht zweimal tun."

Wäre diese Deduktion Brodmanns richtig, so hätte das für den hier zu behandelnden umgekehrten Fall der Zeichnung von Aktien der MG durch die TG die Bedeutung, daß die von der TG gezeichneten und bezahlten Aktien der MG

[28]) a. a. O.

nicht auf der Aktivseite ihrer Bilanz als ein ihre Grundkapitalziffer balancierender Posten aufgeführt werden dürften. Die Folge davon wäre, daß die TG Aktien der MG nur zeichnen dürfte, wenn sie den Betrag aus Gewinn oder Reserven aufbringen könnte.

Der Fehler der Brodmann'schen Lehre liegt jedoch in folgendem:

Die Frage, ob eine Zeichnung der MG von Aktien der TG und umgekehrt materiell zulässig ist, hat zunächst nichts damit zu tun, ob der Vorgang bilanzmäßig kenntlich gemacht werden muß oder nicht, und ob die bisherige Buchungsmethode korrekt war. Sodann ist nicht einzusehen, weshalb nicht ein Vermögen — das der TG — sowohl die Aktien der TG wie auch die der MG sollte „fundieren", also ihnen ihren Wert verleihen können. So haben z. B. die Aktien eines Investment Trust gerade dadurch ihren Wert, daß das Vermögen der Gesellschaft aus Beteiligungen, also zum großen Teil aus Aktien besteht, deren Wert ihrerseits wieder auf dem Vermögen der betreffenden Gesellschaften beruht, deren Aktionär der Investment Trust ist. In Wahrheit fundiert aber auch das Vermögen der TG gar nicht die Aktien der MG, verleiht ihnen unmittelbar nicht den Wert. Aber gerade deshalb, weil diese Aktien der TG durch ihr dahinterstehendes Vermögen Wertträger und damit mehr als ein Stück Papier sind, können sie ihrerseits wieder, wenigstens teilweise und nur zusammen mit dem übrigen Vermögen der MG, die Aktien der MG fundieren, ihnen ihren Wert verleihen. Nur mit welchem Werte sie in der Bilanz der MG eingesetzt werden, das richtet sich nach dem Vermögensstand und der Bonität der TG. Deshalb kann es vorkommen, daß die Aktien der TG mit einem geringeren Betrag in der Bilanz der MG zu Buche stehen müssen, als die MG für den Erwerb der Aktien der TG bezahlt hat.

III. Eine Lösung des vorher erörterten Problems ließ sich also bisher für den Fall der Zeichnung der TG von Aktien der MG nicht finden. Eine solche Lösung wäre auch nicht umfassend, weil diese auf dem bisher gegangenen Wege immer nur gerade für die Zeichnung Gültigkeit hätte, nicht aber für den Fall des Kaufes von Aktien der MG, die sich bisher in deren Besitz befanden.

Auch hierfür hat die bisherige Untersuchung nur soviel ergeben, daß eine analoge Anwendung des § 226 HGB a. F. auf diesen Tatbestand nicht statthaft erscheint.

Der Fall des derivativen Erwerbes von im Besitz der MG befindlichen Aktien durch die TG liegt aber ähnlich wie der der Zeichnung. Und zwar aus folgendem Grunde:

Es findet beide Male wirtschaftlich der gleiche Vorgang statt. Hier wie dort erfolgt ein Austausch, bei dem die MG Geld und die TG Aktien der MG für ihr der MG bezahltes Geld erhält. In beiden Fällen bestehen auch die gleichen Gründe, die derartige Geschäfte zwischen MG und TG unerwünscht erscheinen lassen. Man nehme an, die MG befindet sich in Geldnot. Um neues Kapital zu erhalten, erhöht sie ihr Aktienkapital und zwingt kraft ihres Einflusses in der GV der TG diese zur Zeichnung der neu auszugebenden Aktien. Wirtschaftlich betrachtet ist es aber gleichgültig, ob die MG die TG zur Zeichnung der Aktien zwingt oder ob sie sie veranlaßt, ihre eigenen Aktien, die sie von früher im Besitz hat, abzukaufen.

Es ist nicht einzusehen, weshalb der im Verhältnis beider Gesellschaften zueinander wirtschaftlich gleiche Vorgang rechtlich verschieden sollte behandelt werden. Zwingende juristische Gründe sprechen jedenfalls nicht für eine verschiedenartige Behandlung dieser beiden Tatbestände.

§ 4.
Die Frage der Rückzahlung der Einlagen auf seiten der Tochtergesellschaft. Voraussetzungen.

Eine zufriedenstellende Lösung beider Probleme, der Zeichnung von Aktien der MG, wie des Kaufes ihrer in ihrem Besitz befindlicher Aktien durch die TG, dürfte sich aber ergeben, wenn man diese beiden Geschäfte nicht, wie man es bisher immer tat, vom Gesichtspunkt der MG aus betrachtet, sondern wenn man einmal den Standpunkt der TG einnimmt. In beiden Fällen zahlt die TG — gegen die Zuteilung von Aktien der MG — Geld an die MG.

Es fragt sich dann, ob und wann die TG in diesen Fällen die Einlage an ihre Aktionärin, die MG, zurückzahlt, ob und

wann also ein Verstoß gegen die §§ 213, 215 HGB von seiten der TG vorliegt.

I. Der § 213 bestimmt, daß die Aktionäre die Einlage nicht zurückfordern können. Ebensowenig darf die AG sie den Aktionären freiwillig zurückerstatten[1]).

1. Es fragt sich zunächst, wann eine solche verbotene Rückzahlung der Einlage vorliegt. Läßt sich aus dem Begriff „Einlage" etwas für die Beantwortung dieser Frage entnehmen?

Einlage ist nach dem Sprachgebrauch das, was der Aktionär in die Gesellschaft einbringen muß, um die Aktienrechte zu erwerben. Ihre Höhe wird gemäß § 211 HGB durch den Nennwert der Aktie und bei Ueberpariemission hierdurch plus dem Agio bestimmt und begrenzt. Das, was der Aktionär damals in Geld oder in Sachwerten an die AG geleistet hat, kann ihm aber in Natur gar nicht zurückgewährt werden, da es im Augenblick der Einbringung in die Gesellschaft mit den Einlagen der übrigen Aktionäre sich vermischt hat, untergegangen ist, und seit Geschäftsbeginn der Gesellschaft zudem einem ständigen Wechsel unterworfen ist[2]). Diese „Einlage" kann also vom Gesetze nicht gemeint sein.

Es fragt sich deshalb, ob unter „Einlage" der ursprüngliche Vermögenswert verstanden werden kann, den der Aktionär in die AG eingebracht hat[3]). Allein wie Nord[4]) überzeugend ausführt, ist ein solcher Wert der quotenmäßigen Beteiligung gar nicht bestimmbar, da er sich sofort mit der Einlegung durch den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft ändert, steigt, wenn die Gesellschaft floriert, und fällt, wenn die Geschäftslage schlecht ist. Außerdem kann er in zwiefacher Weise berechnet werden. Im Falle der Liqui-

---

[1]) Vgl. Staub-P. § 213 Anm. 2 c. cit.; ebenso H. Veit Simon LZ 1913/11 ff., die das dem § 213 HGB entnehmen. Nach Brodmann AktR § 213 Erl. 1a, Flechtheim bei Dür-Hach § 213 Anm. 2 folgt das Verbot der freiwilligen Rückzahlung der Einlage erst aus § 215 HGB, wonach den Aktionären keine festen Zinsen gezahlt werden dürfen. Praktisch ist diese Streitfrage jedoch belanglos, weshalb sie dahingestellt bleiben kann.

[2]) Vgl. Nord, ZBH 1931/178; Brodmann AktR § 213 Erl. 1a.

[3]) So Staub-P. § 178 Anm. 19; Hachenburg im „Recht" 1907/225 ff.

[4]) a. a. O.

dation (Liquidationswert) ist er niedriger als beim Handel an der Börse (Kurs-Tauschwert) während des Bestehens einer werbenden Gesellschaft. Es ergibt sich daher, daß sich aus dem Begriff „Einlage" nichts dafür entnehmen läßt, wann eine Rückzahlung von Einlagen vorliegt.

Unter „Einlage" kann deshalb nur der Wert der Beteiligung des Aktionärs verstanden werden, den diese Beteiligung gegenwärtig besitzt[5]). Der Wert dieser Beteiligung deckt sich wirtschaftlich, wie Moos[6]) mit Recht betont, mit dem Kurs- oder Tauschwert der Aktie.

Daß unter „Einlage" nur dieser gegenwärtige Wert der Beteiligung des Aktionärs an der AG verstanden werden kann, kommt auch in einer neueren Entscheidung des Reichsgerichts[7]) klar zum Ausdruck, wenn ausgeführt wird, daß Rückzahlung der Einlage gleichbedeutend sei mit Zahlung auf Rechnung der Beteiligung an der Gesellschaft[8]). Wollte man dagegen nur den ursprünglichen Wert der Beteiligung des Aktionärs an der AG als Einlage ansprechen, so würde das, wie das Reichsgericht[9]) mit Recht bemerkt, zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, daß zwar eine Rückzahlung des damaligen, vielleicht bei weitem niedrigeren Wertes der Einlage unstatthaft, dagegen eine Rückzahlung des Vielfachen hiervon unter Umständen als erlaubt anzusehen wäre[10]).

Breit[11]) hält diese Ausführungen nicht für zutreffend. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß „unter der Rückgewähr der Einlagen nur eine solche Entäußerung von Vermögensgegenständen verstanden werden kann, die bilanzmäßig die Grundkapitalsziffer beeinflußt", „eine Zahlung, die bilanzmäßig aus Grundkapital erfolgt"[12]). Nur eine solche Zahlung ist

---

[5]) So Moos, ZHR 70/211; Nord a. a. O.

[6]) a. a. O.

[7]) RG JW 1930/3730.

[8]) Ebenso Brodmann, AktR § 213 Erl. 1a; Dür-Hach-Flechtheim § 213 Anm. 2.

[9]) a. a. O.

[10]) Ebenso Alfred Wieland, ZHR 67/41.

[11]) ZHR 76/415 ff., 446 ff.; ebenso K. Wieland, Handelsrecht Bd. II S. 26.

[12]) S. 448, 449 a. a. O.

nach Breits Ansicht verboten, während eine Zahlung an die Aktionäre aus Gewinn erlaubt sein soll. Denn Zahlung aus Gewinn sei nicht Rückzahlung der Einlage, da die „Einlage" „in untrennbarem logischen Zusammenhang mit Grundvermögen und Grundkapital"[13]) stehe.

Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend. Auch das Reichsgericht[14]) hat sie nicht gebilligt, allerdings wohl mehr aus dem praktischen Grunde der Schwierigkeit genauer Ermittelung des Gewinnes und weil die Möglichkeit besteht, daß doch das Grundkapital angetastet werden könnte, wenn sich hinterher bei der Auflösung der Gesellschaft oder sogar erst nach beendeter Liquidation eine Unterbilanz herausstellte. Auf die theoretischen Darlegungen Breits ist es jedoch nicht eingegangen. Gerade der theoretische Ausgangspunkt Breits aber ist unrichtig. Seiner Meinung nach ergibt sich aus § 178 HGB folgendes Prinzip: „Die fiktive Grundkapitalziffer ist in ebenso fiktive kleinere Ziffern (Aktienkapitalziffern) eingeteilt, deren Summe die Grundkapitalziffer ausmachen muß. Jeder Aktienziffer korrespondiert eine Einlage. Die Summe der Werte der Einlagen muß oder soll doch einen Wert repräsentieren, der mindestens der Grundkapitalsziffer entspricht. Einlage steht also in untrennbarem Zusammenhang mit Grundvermögen und Grundkapital"[15]). Da vom Zeitpunkt des Geschäftsbeginns der AG das Grundvermögen, d. i. „der durch die konkreten Einlagen zusammengebrachte Vermögenskomplex und die der Gesellschaft anderweit zufließenden Werte ein untrennbares Ganzes bildeten, sei nunmehr die bilanzmäßige Betrachtung maßgeblich und an die Stelle der realen Werte „Einlage" und „Grundvermögen" seien zwei abstrakte Ziffern, die Aktienziffer und die Grundkapitalziffer getreten". Auf Grund dieser Betrachtung gelangt dann Breit zu dem oben geschilderten Ergebnis.

Hierbei geht er jedoch zu Unrecht davon aus, daß „Einlage" nur das sei, was der Aktienziffer entspricht und somit

---

[13]) S. 447 a. a. O.

[14]) RGZ 88/189 = JW 1916/490.

[15]) S. 447 a. a. O.

mit dem Grundkapital in engstem Zusammenhang steht. Wäre das zutreffend, so würde in § 213 HGB nur der Satz ausgesprochen sein, daß eine Herabsetzung des Grundkapitals durch Auszahlung von Vermögen der Gesellschaft an ihre Aktionäre verboten ist, es sei denn, daß sie unter den vom Gesetz in § 289 HGB vorgeschriebenen Formen erfolgt. Denn wenn Einlage nur die zum Grundkapital geleistete Zahlung des Aktionärs wäre, so würde durch die Rückzahlung der Einlage doch das Grundkapital vermindert, es erfolgte also de facto eine Kapitalsherabsetzung. § 213 HGB würde somit nur eine Selbstverständlichkeit aussprechen und sich mit § 289 HGB decken. Das ist jedoch nicht der Fall. Wie Sievers[16]) mit Recht ausführt, ist es unrichtig, „die Einlage des Aktionärs in einen notwendigen Zusammenhang mit dem Grundkapital zu bringen und daraus zu folgern, daß, weil ... das Grundkapital ... keine Verminderung erleiden würde, auch eine Rückforderung der Einlage nicht vorliege". Zwar wird das Grundkapital der AG durch die Einlage der Aktionäre aufgebracht (§ 178 HGB). „Die Einlage kann also eine solche sein, die auf das Grundkapital zu leisten ist, sie kann aber auch jeden Zusammenhanges mit dem Grundkapital entbehren." Das Gesetz gebraucht das Wort „Einlage" nämlich in verschiedener Bedeutung, aus der sich ergibt, daß eine Rückzahlung der Einlage nicht immer auch zugleich eine Zahlung aus Grundkapital darstellt. „In § 213 ist von Einlage schlechtweg die Rede, § 186 Abs. 2 aber spricht von Einlagen der Aktionäre, die auf das Grundkapital, § 279 Abs. 1 von solchen, die auf das erhöhte Grundkapital gemacht werden und gibt hierfür besondere Regeln. In § 288, der von der Herabsetzung des Grundkapitals handelt, wird von „einer teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre" gesprochen — wiederum ein engerer Begriff als die Rückzahlung der Einlage. Endlich § 241 Abs. 3 stellt unter Nr. 1 die „Zurückzahlung von Einlagen an die Aktionäre" selbständig neben die Nr. 5, die von einer „teilweisen Zurückzahlung des Grundkapitals" handelt, erkennt also deutlich an, daß es eine Rückzahlung von Einlagen gibt, die nicht

[16]) „Recht" 1906/978; ebenso Bondi DJZ 1906/1251.

zugleich eine Rückzahlung des Grundkapitals zu sein braucht"[17]).

Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich, wie Alfred Wieland ausführt[18]), aber auch aus der Bestimmung des § 227 HGB a. F.

Hier ist die Amortisation von Aktien geregelt, welche, sofern die Einziehung nicht nach den Vorschriften über die Kapitalsherabsetzung stattfindet, nur aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen darf (§ 227 Abs. 2 HGB). In § 227 Abs. 1 sind zwei Fälle behandelt, nämlich die Zwangsamortisation, bei der die Aktieneinziehung durch Auslosung oder Kündigung der Aktien sich vollzieht, und die freiwillige Amortisation, bei der die Aktien nach Ankauf von einem Aktionär, also nach einem Rechtsgeschäft mit ihm, amortisiert werden.

In beiden Fällen der Einziehung ist Voraussetzung, daß diese im Statut gestattet ist[19]). „Da nun die Amortisation mittels Ankaufs von Aktien", so führt Wieland aus[20]), „wider den Willen des Aktionärs ohnehin nicht erfolgen kann, bedarf es seinetwegen in diesem Falle überhaupt keines Vorbehaltes in den Statuten. Wenn das Gesetz gleichwohl auch hier diese Bedingung aufstellt, so kann in seinen Augen nur das Interesse der Gesellschaftsgläubiger maßgebend sein. Daraus folgt aber ohne weiteres, daß nach der Auffassung des Gesetzes den Gesellschaftsgläubigern nicht nur das Grundkapital, sondern auch das ganze Gesellschaftsvermögen verfangen sein muß. Denn wenn ihr Interesse verlangt, daß nicht nur die Amortisation zu Lasten des Grundkapitals, sondern auch diejenige aus dem Reingewinn in den Statuten vorbehalten werden muß, so kann der Zweck dieser Vorschrift nur darin liegen, ihnen das Risiko erkennbar zu machen, welches auch diese Art von Amortisation für sie bedingt." Die Gläubiger laufen also nur dann überhaupt ein Risiko bei einer derartigen Einziehung von Aktien aus dem Reingewinn, wenn nicht nur eine Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktio-

---

[17]) Sievers a. a. O.; ebenso Hagens LZ 1907/242 ff.

[18]) ZHR 67/62.

[19]) Staub-P., § 227 Anm. 8.

[20]) A. a. O.

näre unstatthaft ist, sondern auch eine Zahlung, die nicht aus dem Grundkapital geleistet wird, sondern aus dem übrigen Vermögen der Gesellschaft, mit alleiniger Ausnahme einer Dividendenausschüttung.

Endlich läßt sich gegen die Ansicht Breits noch ein weiterer Einwand erheben. Nach § 213 haben die Aktionäre Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach Gesetz oder Statut von der Verteilung ausgeschlossen ist. Nach § 215 darf die AG ihren Aktionären auch nur diesen jährlichen Reingewinn auszahlen. Hiermit ist jedoch weder allgemein ein klagbarer Anspruch eines Aktionärs auf die ihm zustehende Quote des Reingewinnes gesetzlich festgelegt, noch der AG selbst das Recht eingeräumt, eine derartige Zahlung auf Grund der betreffenden Gewinn ausweisenden Bilanz ohne weiteres vorzunehmen. Es bedarf hierzu erst eines gemäß § 260 HGB ergehenden Beschlusses der GV. Erst hierdurch wird ein klagbarer Anspruch der Aktionäre, wie ein Recht der AG auf Zahlung des festgesetzten Dividendenbetrages begründet[21]).

Hat also ein Aktionär ohne das Vorliegen eines die Gewinnverteilung anordnenden Beschlusses der GV, sei es auf Grund einer gegen die AG erhobenen Forderung, sei es freiwillig von der Gesellschaft eine Zahlung empfangen, so verstößt dieses Rechtsgeschäft gegen die §§ 213, 215 HGB und ist nichtig. Hieraus ergibt sich, daß entgegen der Ansicht Breits selbst eine Zahlung aus Gewinn allgemein nicht gestattet ist, sondern eben nur soweit, als es sich um ordnungsmäßig festgesetzte und für verteilbar erklärte Dividende handelt.

Somit ist der Ansicht Brodmanns[22]) beizustimmen, wonach an die Aktionäre nichts als Dividende ausgezahlt werden darf und daß jede andere Zahlung eine „Rückzahlung der Einlage" ist, welche gegen das Verbot der §§ 213, 215 HGB verstößt.

---

[21]) Vgl. Brodmann, AktR § 213 Anm. 5, § 215 Anm. 2; Staub-P., § 260 Anm. 5, § 213 Anm. 12, § 215 Anm. 2; Dür-Hach-Flechtheim § 213 Anm. 29, 30; RGZ 87/386; 98/320.

[22]) AktR § 213 Erl. 1a.

II. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß es gleichgültig ist, an wen die Zahlung auf „Rechnung der Beteiligung" seitens der Gesellschaft geleistet wird, ob an einen Erstaktionär, der seine Aktie bei der Gründung der Gesellschaft oder durch Zeichnung übernommen hat, oder an einen späteren Aktienerwerber gezahlt wird, der ja kraft Rechtsnachfolge mit allen Rechten und Pflichten des Erstaktionärs in dessen Stellung eingerückt ist. Denn wirtschaftlich ist eine an einen Erstaktionär oder späteren Erwerber geleistete Zahlung gleichmäßig bedenklich, weil das als Haftungsobjekt für die Gläubiger dienende Gesellschaftsvermögen in beiden Fällen vermindert wird.

Trotzdem wird mitunter in der Literatur[23]) und in der Rechtsprechung[24]) der Standpunkt vertreten, § 213 HGB greife nur dann ein, wenn der Aktionär, der die Zahlung von der Gesellschaft erhält, Erstaktionär, also Uebernehmer oder Zeichner ist. Andere Schriftsteller[25]) und Erkenntnisse[26]) dagegen wenden § 213 gleichmäßig in beiden Fällen an.

Folgt man der Ansicht der erstzitierten Schriftsteller und Entscheidungen, so würde das für die hier zu behandelnde Frage die Konsequenz haben, daß der Fall des Kaufes von Aktien der MG durch die TG anders zu behandeln wäre als der der Zeichnung dieser Aktien[27]). Daher bedarf dieser Punkt noch der Erörterung.

---

[23]) Vgl. Staub-P., § 213 Anm. 1; Dür-Hach-Bing § 182 Anm. 33; Ritter, § 213 Anm. 2, § 182 Anm. 2b; Bolze LZ 1907/1 ff.; Bondi DJZ 1906/1250, Goldschmit, AG § 213 Anm. 3; Fischer, S. 103; H. Pinner in der Festschrift für A. Pinner, S. 621, 622; z. T. auch Friedländer, AktR § 213 Anm. I 3.

[24]) RGZ 68/309; 71/97; 76/310; 87/339; 121/105.

[25]) Wieland, ZHR 67 a. a. O.; Brodmann, AktR § 213 Erl. 3b; Schlegelberger-Quass-Schm. § 226 Nov. Anm. 48; Dür-Hach-Flechtheim § 213 Anm. 6.

[26]) RGZ 54/128; 62/29; 77/13; 107/168; LZ 1912/847.

[27]) Nicht eindeutig ist der Standpunkt von RG JW 1930/3730 zu dieser Frage. Auf der einen Seite betont die Entscheidung mehrfach, daß es sich um einen Erstaktionär handele, andererseits aber zitiert sie gerade die Stelle, des Brodmann'schen Kommentares, wo ausdrücklich gesagt wird, daß eine Zahlung an irgend einen Aktionär, die nicht erlaubte Gewinnausschüttung ist, eine Rückzahlung der Einlage darstellt. Da das RG auch den § 215 HGB noch zur Begründung der Ent-

Die Frage, ob die Zahlung einer AG an einen späteren Aktienerwerber eine Rückzahlung der der Gesellschaft geleisteten Einlage darstellt, hat die Rechtsprechung vor allem dann beschäftigt, wenn Aktionäre zum Ankauf der Aktien von der AG durch arglistige Täuschung der Gesellschaftsorgane bestimmt worden waren. Die Aktionäre fochten deswegen die Käufe an und verlangten Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises gemäß § 812 BGB oder klagten, ohne den Kauf anzufechten, gegen die Gesellschaft aus unerlaubter Handlung auf Schadensersatz, der der Rückzahlung des Kaufpreises gleichkam.

Die beklagten Gesellschaften pflegten gegenüber derartigen Klagen der Aktionäre den Einwand zu erheben, daß sie durch eine Verurteilung zur Zahlung gezwungen werden würden, den Aktionären gerade das herauszuzahlen, was diese der AG für den Erwerb der Aktienrechte hätten zahlen müssen. Sowohl die Bereicherungs- wie auch die Schadensersatzklage liefen also darauf hinaus, die Gesellschaft zu veranlassen, ihren Aktionären die Einlagen zurückzugewähren. Dies verstoße aber gegen die §§ 213, 215 HGB und sei daher unstatthaft.

Diejenigen Entscheidungen nun, die der beklagten AG die Berufung auf die §§ 213, 215 HGB gegenüber der Klage des späteren Aktionärs, der seine Aktien von der Gesellschaft selbst gekauft hatte, versagen, begründen dies mit folgenden Erwägungen: Es könne der Gesetzgeber weder im allgemeinen noch im besonderen dagegen Vorsorge treffen, daß die AG bei ihrer Betätigung im Verkehrsleben keine Einbuße an ihrem Grundkapital erleide; sie müsse genau so behandelt werden, wie jedes andere Rechtssubjekt und genieße keine Privilegien, auch nicht gegenüber ihren eigenen Aktionären; trete sie mit ihnen in rechtsgeschäftlichen Verkehr, so sei sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten ihnen wie jedem Dritten gegenüber verpflichtet; der Aktionär stehe in diesen Fällen der Gesellschaft in seiner Eigenschaft

---

scheidung heranzieht, zieht Heilbrunn in JW 1930/3730 Anm. tatsächlich die Folgerung, daß die Vorschrift des § 213 nunmehr auch nach Ansicht des RG für alle Aktionäre, nicht nur für die Gründeraktionäre gelte. Diese Folgerung dürfte jedoch m. E. zu weitgehend sein.

als Gläubiger gegenüber, der Aktionär, welcher eigene Aktien der Gesellschaft von ihr erworben habe, mache seine Ansprüche in seiner Eigenschaft als Käufer nicht als Gesellschafter geltend; der beanspruchte Schadensersatz sei nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich etwas anderes als die Einlage[28]).

Allein diese Gründe sind nicht überzeugend. Was zunächst die beiden letzten Argumente des Reichsgerichtes anlangt, der Aktionär klage nicht als Gesellschafter, sondern als Käufer, und der beanspruchte Schadensersatz sei auch wirtschaftlich etwas anderes als die Einlage, so ergibt sich aus dem Wesen der eigenen Aktie das Gegenteil. Brodmann[29]) weist mit Recht darauf hin, daß ein Unterschied zwischen dem Fall besteht, daß ein Aktionär eine Ware, die immer einen gewissen Wert unabhängig von der Lage der AG besitzt, von der Gesellschaft kauft oder ihre eigene Aktie, deren Wert, solange sie sich in der Hand der Gesellschaft befindet, nur in der Möglichkeit eines günstigen Weiterverkaufs besteht, deren Wert sinkt, wenn die Lage der Gesellschaft schlechter wird und schließlich gleich null ist, wenn die AG in Konkurs gerät. Denn die eigene Aktie, wie auch der eigene Geschäftsanteil einer GmbH besitzen nicht „einen selbständigen Wert, das heißt einen Wert, der nicht bereits in den übrigen Aktiven steckt"[30]).

Erlangt die Aktie aber erst durch die Weiterveräußerung wieder ihren Wert, so folgt daraus, wie Brodmann[31]) zutreffend bemerkt, daß die Aktie, solange sie sich in der Hand der eigenen Gesellschaft befindet, sozusagen tot ist, nur in der Konstruktion ein Dasein führt und erst wieder zum Leben erwacht, wenn der Zustand der Vereinigung der Mitgliedschaft bei der eigenen Gesellschaft endigt. „Die Gesellschaft, wenn sie die Aktie verkauft, veräußert nicht ein Recht, wie sie es besitzt, sondern ein solches, das sie nun wieder schafft[32])." Hieraus ergibt sich aber, daß die Gesellschaft,

---

[28]) Brodmann, AktR § 213 Erl. 3a; RGZ 71/100.
[29]) AktR § 213 Erl. 3b.
[30]) Brodmann, GmbH-Ges. § 33 Erl. 2h S. 136.
[31]) AktR a. a. O.
[32]) a. a. O.

wenn sie eigene Aktien verkauft, mit dem Kaufpreis des Käufers zugleich auch die Einlage des Aktionärs erhält. Ebenso ist Breit, der ursprünglich gegen Simon[33]) die Ansicht des Reichsgerichts billigte[34]), nunmehr in diesem Punkte zu der hier vertretenen Ansicht gekommen, daß nämlich beim Verkauf von eigenen Aktien die Gesellschaft mit dem Kaufpreis auch die Einlage erhält, jedenfalls dann, wenn sie die nun verkauften Aktien auch ihrerseits selbst gekauft hatte. Er meint[35]), ähnlich wie Brodmann, eine Rückzahlung der Einlage liege immer dann vor, „wenn die Vermögensverschiebung, die mit der Ausgabe der Aktien erfolgt war, ganz oder teilweise rückgängig gemacht wird". Das sei immer der Fall, wenn die AG eigene Aktien, z. B. zum Zwecke der Kursstützung aufkaufe. Daß § 226 HGB a. F. den Rückkauf unter gewissen Bedingungen gestatte, bedeute nur eine aus Zweckmäßigkeitsgründen zugelassene Ausnahme von der Regel des § 213 HGB. Kauft demnach jemand eine eigene Aktie von der Gesellschaft, die sie selbst z. B. vom Erstaktionär gekauft hatte, so erwirbt er damit eine Aktie, deren Einlage die AG an den ursprünglichen Aktionär, gemäß § 226 HGB freilich rechtsgültig, beim Ankauf zurückgezahlt hatte. Die Kaufpreiszahlung ersetzt also die von der Gesellschaft zurückgezahlte Einlage und ist daher auch als Einlagenzahlung zu behandeln, kann also weder im Wege der Condiktion noch der Schadensersatzklage zurückverlangt werden.

Die hier und von Breit vertretene Ansicht wird auch durch die Ausführungen Bondis[36]) nicht widerlegt. Nach seiner Meinung ist der Kaufpreis des späteren Aktienerwerbers deshalb nicht als Einlage anzusehen, weil dadurch eine dem Gesetz unbekannte Kumulierung zweier Einlagen herbeigeführt werde; denn, so meint Bondi, die Gesellschaft hätte dann als Einlage einmalige Zahlung des Zeichners und dann die Kaufpreiszahlung des späteren Aktionärs erhalten. Hierbei übersieht er jedoch, daß diese Kumulierung der Einlage gar nicht eintritt. Denn wenn die AG beim Ankauf der

[33]) LZ 1913/16 ff.
[34]) LZ 1913/337 ff.
[35]) ZHR 76/441.
[36]) DJZ 1906/1251.

Aktien die Einlage ausbezahlt hat, so erhält sie nur diese ausbezahlte Einlage mit dem Kaufpreis des späteren Akionärs, dem die Gesellschaft die Aktie weiterverkauft hat, wieder zurück. Sie besitzt also nur eine einzige Einlage der Aktie[37]) [38]).

Die vom Reichsgericht angeführten Gründe für die gegenteilige Ansicht sind somit unzutreffend.

Aber auch die übrigen vom Reichsgericht geltend gemachten Beweisgründe sind nicht stichhaltig. Gewiß ist richtig, wenn das Reichsgericht ausführt, daß im allgemeinen keine Vorsorge dagegen getroffen werden kann, daß die AG Einbuße am Grundkapital durch Geschäftsverluste erleide. Aber es ist ja, worauf Simon[39]) hinweist, gerade die Frage, ob die Gesellschaft und ihre Gläubiger nicht wenigstens soweit geschützt werden, als ein Verwandlung der Aktionäre in Gläubiger aus dem Grunde, weil sie Aktionäre geworden sind, überhaupt und unter allen Umständen verhindert werden soll. Endlich führt auch die Feststellung des Reichsgerichtes, die AG genieße keine Privilegien, nicht weiter, denn dies ist gerade hier die petitio principii. Außerdem würde durch den Ausschluß der Gläubigerrechte der Aktionäre letztlich nicht die Gesellschaft, sondern deren Gläubiger privilegiert werden, da vor allem zu ihrem Schutze die §§ 213, 215 HGB bestimmt sind. Daß die Gläubiger aber überhaupt den Aktionären gegenüber privilegiert sind, ergibt sich schon aus § 300 HGB.

---

[37]) Breit a. a. O. S. 442.

[38]) Wenn Heinz Pinner (Festschrift f. Albert Pinner, S. 622) diese Breit'sche Beweisführung, daß eine Kumulierung der Einlage nicht stattgefunden habe, da die AG beim Ankauf der Aktien die Einlage herausgezahlt habe, mit der Behauptung zu entkräften versucht, der Gesellschaft stehe gegen den Empfänger des Geldes wegen der Nichtigkeit der Zahlung infolge Verstoßes gegen § 213 HGB nach § 217 HGB ein Rückforderungsrecht auf Rückzahlung des Empfangenen, „also zur Wiederherstellung seiner Einlage", zu, so ist das unzutreffend. Pinner übersieht, daß die Folge der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 213 gar nicht eingetreten ist. Denn die AG hat ja gemäß § 226 HGB a. F. erlaubterweise und gesetzmäßig „Einlage" zurückgewährt. Ein Rückforderungsanspruch gemäß § 217 HGB steht ihr daher nicht zu.

[39]) a. a. O.

III. Bisher sind die Voraussetzungen für eine Rückzahlung der Einlagen geprüft worden in dem Fall, daß die TG eine AG ist und an ihre Aktionärin, die MG, zahlt. Nunmehr soll noch kurz erörtert werden, ob das Resultat, nämlich daß jede Zahlung an die MG außer der Dividendenausschüttung eine unzulässige Rückzahlung der Einlage darstellt, dasselbe bleibt, wenn die TG eine GmbH ist und die MG deren Geschäftsanteile ganz oder zum Teil besitzt.

Eine Bestimmung, wie die §§ 213, 215 HGB, gibt es im GmbH-Ges. nicht. Der § 30 GmbH-Ges. allerdings bestimmt daß das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf. Wird gegen dieses Verbot verstoßen, so regeln sich die Folgen dieses Verstoßes nach § 31 GmbH-Ges. Es tritt dann für den Fall, daß der primär rückgabepflichtige Empfänger der das Stammkapital mindernden Leistung zur Rückzahlung der erlangten Beträge nicht imstande ist, eine subsidiäre Deckungspflicht der übrigen Gesellschafter zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft ein. Diese Folgen treten aber nur dann ein, wenn der zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Betrag ausbezahlt worden ist[40]). Eine Rückzahlung der Stammeinlage jedoch, sofern sie nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen erfolgt, ist nach dem § 30 GmbH-Ges. ausdrücklich nicht verboten[41]). Trotzdem ist der Entscheidung RG 88/189 zuzustimmen, wenn dort gesagt wird, „daß § 213 HGB trotz der veränderten Fassung des § 30 GmbH-Ges. inhaltlich auch für die GmbH gilt". Dies ergibt sich, wie Hachenburg[42]) unter ausdrücklicher Billigung des Reichsgerichtes[43]) ausführt, aus den übrigen Bestimmungen des GmbH-Gesetzes, insbesondere aus den §§ 19 bis 25 und den §§ 34, 58 GmbH-Ges.

---

[40]) Hachenburg, GmbH-Ges. § 30 Anm. 2; RGZ 80/148; RG LZ 1908/160.

[41]) Brodmann, GmbH-Ges. § 30 Erl. 1a; Hachenburg GmbH.-Ges. § 30 Anm. 1; Neukamp-Beker, GmbH-Ges. § 30 Anm. 1; Scholz, GmbH-Ges. § 30 I. 2a; a. M. wohl Liebmann-Sänger, GmbH.-Ges. § 30 Anm. 3; RG bei Holdheim 1908/148.

[42]) GmbH-Ges. § 30 Anm. 1.

[43]) RG II. Ziv.-Sen. v. 25. 1. 29 Jur. Rdsch. 1929/1749.

„Das Gesetz regelt streng die Einziehung der Stammeinlage. Jede Stundung, jeder Verzicht ist verboten und ungültig. Es muß also auch die Rückforderung und Rückzahlung unstatthaft sein[44])." Mithin darf auch an den Gesellschafter einer GmbH keine Auszahlung von Gesellschaftsvermögen, gleichviel aus welchen Mitteln, sogar nicht aus dem Reingewinn[45]), erfolgen, sofern die Zahlung nicht eine erlaubte Dividendenausschüttung oder eine Rückzahlung von zuviel gezahlten Nachschüssen nach § 30 Abs. 2 GmbH-Ges. oder endlich die Kaufpreiszahlung für den Erwerb eines eigenen voll-eingezahlten Geschäftsanteils nach § 33 Abs. 2 GmbH-Ges.[46]) darstellt. Geschieht die unerlaubte Zahlung doch, so hat der Empfänger das Erlangte nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben, ohne daß aber die Folge aus § 31 GmbH-Ges., insbesondere die subsidiäre Deckungspflicht der Mitgesellschafter eintreten[47]).

Als bisheriges Ergebnis ist also daran festzuhalten, daß es keinen Unterschied macht, ob die Aktien der MG zeichnende oder kaufende TG selbst AG oder GmbH ist.

IV. Die Anwendbarkeit der §§ 213, 215 HGB, 30 GmbH-Ges. in dem Fall, daß die TG Aktien der MG zeichnet oder kauft, ist jedoch noch von dem Vorliegen einer letzten Voraussetzung abhängig.

Diese Bestimmungen finden nämlich anerkanntem Rechte gemäß bei reinen Umsatzgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern keine Anwendung[48]). Nun ist zwar zweifellos eine Aktienzeichnung kein Umsatzgeschäft, denn dieses setzt voraus, daß Wert gegen Wert (Ware gegen Geld oder gegen Ware) ausgetauscht werden, während hier im Falle der Aktienzeichnung diese überhaupt erst die Grundlage für die Entstehung des Wertes, der Aktie, bildet und erst

[44]) Hachenburg, GmbH-Ges. a. a. O.

[45]) Hachenburg, GmbH-Ges. § 30 Anm. 2; RG Jur. Rdsch. a. a. O.

[46]) Brodmann, GmbH-Ges. § 33 Anm. 3; Hachenburg, Festschr. f. Georg Cohn, S. 82.

[47]) Hachenburg, GmbH.-Ges. a. a. O.; a. M. Brodmann, GmbH-Ges. § 2 Erl. 6d.

[48]) Staub-P., § 232 Anm. 43; Koenige-Teichmann-Koehler, § 213 Anm. 1; Goldschmit, AG § 213 Anm. 2; Scholz, GmbH-Ges. § 30 Anm. I 3; Hachenburg, GmbH-Ges. § 30 Anm. 6a; RGZ 87/340; 121/106.

nach der Zeichnung die neue Aktie durch Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung im Handelsregister entsteht[49]). Ganz unabhängig hiervon wird jedoch bloß auf Grund der Zeichnung die Einlageverpflichtung des Zeichners begründet.

Demnach müßte die Zeichnung ohne weiteres gegen § 213 verstoßen.

Allein wie Hachenburg[50]) mit Recht ausführt, finden §§ 213 HGB, 30 GmbH-Ges. nicht bloß bei reinen Umsatzgeschäften keine Anwendung, sondern diese Bestimmungen greifen auch dann nicht ein, wenn es sich um Geschäfte handelt, bei denen der Gesellschafter der Gesellschaft als unbeteiligter Dritter gegenüber steht. Deshalb kann, wie Hachenburg ausführt, die Gesellschaft dem Gesellschafter Darlehne gewähren, sie kann sich bei dessen Geschäft als Kommanditist oder stiller Gesellschafter beteiligen, sie kann mit ihm Dienstverträge abschließen, auf Grund deren sie ihm unabhängig von ihrer Vermögenslage, auch bei Unterbilanz, die Vergütung zahlen muß[51]). Die Schwierigkeiten, die sich aus dieser Ansicht ergeben, liegen jedoch in der Abgrenzung, w a n n der Gesellschafter der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht und wann nicht. Deshalb hat das Reichsgericht in neueren Entscheidungen[52]) sich die Hachenburgsche Formulierung mit Recht nicht zu eigen gemacht. Das Reichsgericht führt vielmehr aus[53]): „Für die Anwendung des § 30 GmbH-Ges. ist aber kein Raum, wenn und soweit der Gesellschaft vor, bei oder nach Eingehung der Leistungspflicht eine v o l l w e r t i g e Gegenleistung zugeflossen ist". Maßgeblicher Zeitpunkt, ob eine Einlagerückgewähr stattgefunden habe, sei die Erfüllung des Leistungsversprechens, während andererseits von einer Einlagerückgewähr überhaupt nur gesprochen werden könne, wenn zur Zeit der Begründung der Schuld der Versprechensempfänger noch Gesellschafter gewesen sei. Damit vermeidet das Reichsgericht die schwierige

---

[49]) Vgl. § 287 HGB, § 57 GmbH-Ges.; RGZ 85/390.

[50]) a. a. O. Anm. 6.

[51]) OLGR (München) 28/361.

[52]) RGZ 133/393; 136/260 ff.

[53]) RGZ 133/395.

Frage der Abgrenzung, ob der Gesellschafter als Gesellschafter oder als Dritter mit der Gesellschaft kontrahiert habe und stellt lediglich ab auf den Wert der zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ausgetauschten Güter, die einander äquivalent sein müssen. Jedenfalls darf die Gesellschaft nicht mehr aus ihrem Vermögen hergegeben haben, als sie von ihrem Gesellschafter empfangen hat.

Nach diesen Grundsätzen kommt es für die Anwendbarkeit der §§ 213 HGB, 30 GmbH-Ges. darauf an, ob die TG für ihre Zahlung an die MG (auf Grund der Zeichnung oder des Kaufes von Aktien oder Geschäftsanteilen) eine vollwertige Gegenleistung von der MG erhalten hat.

Die Gegenleistung für die Zahlung der TG kann nur die Aktienhingabe der MG bilden. Steht man selbst mit Brodmann[54]) auf dem Standpunkt der Vertragstheorie bei der Gründung der AG oder GmbH[55]), so ist zwar „juristisch der Gesellschaftsvertrag, die vertragsmäßige Beteiligung an der Gesellschaft nicht auf Leistung gegen Gegenleistung gerichtet. Aber wirtschaftlich validiert die Einlage auf die dafür gewährte Aktie[56])". Oder, wie es Hachenburg für die GmbH ausdrückt[57]): der Gesellschafter erwirbt die Mitgliedschaft an der Gesellschaft als Aequivalent für die übernommene Stammeinlage[58]). Beide Schriftsteller sind also der Ansicht,

---

[54]) AktR § 211 Erl. 1a.

[55]) Die Frage ist sehr bestritten. Vgl. Feine bei Ehrenberg, S. 165 ff., insbesondere S. 172 Anm. 7 und vor allem Bing bei Dür-Hach, § 182 Anm. 18 vom Standpunkt der Körperschaftstheorie.

[56]) Ebenso wohl RGZ 21/153.

[57]) GmbH-Ges. § 14 Anm. 4.

[58]) A. M. für die GmbH Brodmann, § 14 Erl. 1a. Er meint, daß der oben von Hachenburg gebrauchte Ausdruck wirtschaftlich gedacht und auch so nicht einmal schlechthin richtig sei, da der Wert der übernommenen Stammeinlage dem Werte des Geschäftsanteils nicht zu entsprechen brauche. In der Tat ist die Ausdrucksweise Hachenburgs ungenau. Er meint aber, wie sich aus Anm. 7 zu § 14 GmbH-Ges. ergibt, unter Aequivalent nicht eine g l e i c h wertige Gegenleistung, sondern überhaupt das Vorhandensein einer Gegenleistung. Mit Recht stellt aber Hachenburg die Gleichheit der Rechtslage mit dem Aktienrecht fest. Denn ob gemäß § 180 HGB die Aktien auf einen Geldbetrag lauten müssen oder der Geschäftsanteil nach § 14 GmbH-Ges. sich nach dem Betrage der übernommenen Stammeinlage bestimmt, dürfte keinen

daß die Hingabe der Aktien seitens der Gesellschaft wirtschaftlich die Gegenleistung für die Zahlung der Einlage des Aktionärs darstellt. Auf die wirtschaftliche Seite jenes Geschäftes kommt es aber hier allein an. Denn es handelt sich nur darum, den Wert von Leistung (der TG) und Gegenleistung (der MG) zu bestimmen und diese beiden Werte gegeneinander abzuwägen. Dies kann aber nur nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen.

Man könnte nun noch, wenigstens wenn die TG Aktien der MG zeichnet, folgenden Einwand erheben: Die Zuteilung der Aktien der MG an die TG sei deshalb keine Gegenleistung für die Einlageverpflichtung der TG, weil erst durch die wenigstens zu $^1/_4$ des Aktiennennbetrages erfolgte Einzahlung die neuen Aktien überhaupt ins Leben gerufen wurden und also die TG sich gewissermaßen selbst den Gegenwert für ihre Leistung schaffe. Dieser könne demnach nicht als Gegenleistung der MG in Betracht kommen. Man könnte sich zur Begründung dieses Einwandes scheinbar auf die §§ 284 Abs. 3, 195 Abs. 3 HGB und die §§ 8 Abs. 2, 57 Abs. 2 GmbH-Ges. berufen. Diese Bestimmungen besagen, daß der Registerrichter die durchgeführte — bei der GmbH beschlossene — Kapitalerhöhung nicht ins Handelsregister eintragen darf, bevor er von den anmeldenden Vorstandsmitgliedern (Geschäftsführern) die Versicherung erlangt hat, der Einlagebetrag sei bar eingezahlt und befinde sich im Besitz des Vorstandes bzw. in der freien Verfügung der Geschäftsführer. Ohne Einzahlung der TG, so könnte man folgern, also keine durchgeführte Kapitalerhöhung, keine jungen Aktien der MG. Also ist allein die TG der wertschaffende Teil und die Aktien der MG sind keine Gegenleistung. Wäre diese Deduktion richtig, so wäre die Folge, daß jene Zeichnung ohne weiteres gegen §§ 213 HGB, 30 GmbH-Ges. verstößt. Allein dieser Einwand greift nicht durch. Nicht die Zahlung schafft das Aktienrecht, vielmehr beruht der Erwerb der Mitgliedschaft

---

sachlichen Unterschied machen. Denn wenn der Betrag der Stammeinlage, der gemäß § 5 GmbH-Ges. auf Reichsmark lautet, für die Bezeichnung des Geschäftsanteils maßgeblich ist, so lautet dieser eben auf einen Geldbetrag genau wie die Aktie.

allein auf dem Zahlungsversprechen, der Zeichnung. Dies geht z. B. aus folgendem hervor: Bewirkt nämlich der Registerrichter ordnungswidrig, ohne die erforderliche Versicherung erhalten zu haben[59]), die Eintragung im Handelsregister, oder bewirkt er die Eintragung, obwohl trotz der abgegebenen Versicherung, deren Inhalt der Wahrheit nicht entsprach, das gemäß §§ 195 Abs. 3 HGB, 7 Abs. 2 GmbH-Ges. erforderliche Viertel der Einlage sich nicht im Besitze des Vorstandes befand, so entstehen die Aktienrechte trotzdem. In der Rechtsprechung und Literatur steht fest, daß eine unrichtige Versicherung nach § 195 Abs. 3 HGB, 8 Abs. 2 GmbH-Ges. auf die Gültigkeit der Kapitalerhöhung keinen Einfluß hat[60]). Ja, die Prüfung des Registerrichters braucht sich auf die Richtigkeit der abgegebenen Versicherungen nicht einmal zu erstrecken[61]). Diese Grundsätze folgen aus der Natur der genannten Vorschriften, welche nur Formvorschriften sind. Ein Verstoß gegen sie bedeutet nur eine Ordnungswidrigkeit und macht das Rechtsgeschäft, hier die Kapitalerhöhung, nicht nichtig[62]).

Die TG kann also die Aktien der MG unter Umständen auch schon erwerben, bevor sie eine Zahlung geleistet hat. Dann ist somit nicht die Zahlung das wertschaffende Moment und mithin nicht die TG der wertschaffende Teil. Es liegt vielmehr im Aktienerwerb der TG die Gegenleistung für ihre Zeichnung.

Ist dies aber der Fall, so kann es für die Frage, ob die Zahlung der TG an die MG gegen §§ 213 HGB, 30 GmbH-Ges. verstößt, nur darauf ankommen, ob und wann diese Gegenleistung in Gestalt der Aktien der MG „vollwertig" ist.

In den in diesem Zusammenhang ergangenen, bereits angegebenen Entscheidungen[63]) hat das Reichsgericht diese

---

[59]) So für die Gründung Brodmann, GmbH-Ges. § 10 Erl. 2c. Dies muß aber ebenso für die Kapitalerhöhung gelten, denn im § 57 Abs. 2 GmbH-Ges. wird ausdrücklich auf § 8 a. a. O. Bezug genommen und damit werden auch die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen diese Bestimmung für maßgeblich erklärt.

[60]) RGZ 82/382; 54/391.

[61]) Brodmann, GmbH-Ges. a. a. O.; RJA 3/126.

[62]) Brodmann, GmbH-Ges. a. a. O.

[63]) Vgl. Anm. 52.

Frage nicht beantwortet. Ihm fehlten hierzu die tatsächlichen Unterlagen, und es hat sich damit begnügen müssen, den Berufungsrichter zu deren Beschaffung und Prüfung zu veranlassen.

Der Begriff der „Vollwertigkeit" tritt jedoch in der Rechtsprechung an dieser Stelle nicht zum erstenmal auf. Vielmehr hat das Reichsgericht mit ihm bei der Anwendung der §§ 221 HGB, 19 GmbH-Ges. bereits vielfach operiert. Es liegt daher nahe, einmal jene Rechtsprechung, die auch von der Rechtslehre gebilligt worden ist[64]), zum Vergleich heranzuziehen und nachzuprüfen, ob und inwieweit die dort entwickelten Grundsätze sich auch für den hier zur Erörterung stehenden Fall anwenden lassen.

Die §§ 221 Satz 2 HGB, 19 Abs. 2 Satz 2 GmbH-Ges. verbieten den Aktionären und Gesellschaftern ihre Einlageschuld durch Aufrechnung mit einer ihnen gegen die Gesellschaft zustehenden Gegenforderung zu tilgen. Hieraus wird allgemein gefolgert[65]), daß nur eine einseitige Aufrechnung der Aktionäre, nicht aber eine Aufrechnung der Gesellschaft mit ihrer Einlageforderung gegen eine Forderung eines Gesellschafters und nicht eine Aufrechnung des Gesellschafters mit Zustimmung der Gesellschaft verboten ist. Aber auch die mit Einwilligung der Gesellschaft von einem Gesellschafter erklärte Aufrechnung hat das Reichsgericht nicht in jedem Falle und nicht ohne Einschränkungen zugelassen. Neben den Erfordernissen der Fälligkeit und Liquidität der Gegenforderung des Gesellschafters, die das Reichsgericht aufgestellt hat, die aber in diesem Zusammenhang nicht von Belang sind, hat das Reichsgericht[66]) für die Zulassung der Aufrechnung verlangt, daß die Gegenforderung des Gesellschafters an die Gesellschaft „vollwertig" sei. Ist nämlich die Forderung gegen die Gesellschaft nicht vollwertig, nämlich dann, wenn die Gesellschaft zu ihrer vollen Tilgung nicht imstande ist, also im Falle der Ueberschuldung oder

---

[64]) Vgl. Brodmann, AktR § 221 Erl. 2.

[65]) Vgl. statt aller Brodmann, AktR a. a. O.

[66]) Vgl. die bei Brodmann a. a. O., Staub-P. § 221 Anm. 4 für AG und GmbH zitierten Entscheidungen sowie RG JW 1926/1153.

der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft[67]) [68]), so würde im Falle der Zulassung der Aufrechnung zwar die gesamte Forderung des Gesellschafters getilgt werden, aber die Gesellschaft würde weniger erhalten als bei Nichtzulassung der Aufrechnung. Denn dann bekäme die Gesellschaft den vollen Einlagebetrag des Gesellschafters, während dieser nur, insbesondere im Konkursfall der Gesellschaft, anteilsmäßig befriedigt wird. Würde man also die Aufrechnung auch dann zulassen, wenn die Forderung des Gesellschafters nicht vollwertig ist, so käme das letzten Endes auf einen teilweisen Erlaß der Einlageschuld des Gesellschafters hinaus, der nach den §§ 221 HGB, 19 GmbH-Ges. unzulässig ist. Durchaus zutreffend ist deshalb auf die Vermögenslage der Gesellschaft für die Zulassung der Aufrechnung abgestellt worden. Denn nur aus ihr ergibt sich, ob wirtschaftlich die Forderung des Aktionärs vollwertig ist. Dieses Kriterium ist aber auch in dem hier vorliegenden Fall für maßgeblich zu erachten, ob die Aktien der MG ein vollwertiges Entgelt für die Einlagezahlung der TG bilden. Denn der Wert der Aktien der MG bestimmt sich letztlich ebenfalls nach der Vermögenslage der emittierenden Gesellschaft[69]).

Hieraus ergibt sich also, daß die Entscheidung, ob die TG bei der Zahlung an die MG gegen Zuteilung von Aktien (gleichgültig, ob es sich um eine Aktienzeichnung oder um einen Aktienkauf von der MG unmittelbar handelt) an die TG gemäß § 213 HGB, § 30 GmbH-Ges. unstatthaft Einlagen zurückzahlt, von der Gestaltung des Einzelfalles abhängig ist.

Ist die Vermögenslage der MG gut, so sind ihre Aktien oder Geschäftsanteile vollwertig. Eine Einlagerückgewähr seitens der TG liegt dann nicht vor. Anders dagegen, wenn

---

[67]) Vgl. für den Fall der Ueberschuldung: RGZ 54/391; 72/266; JW 05/700 Nr. 27.

[68]) Vgl. für den Fall der Zahlungsunfähigkeit: RG JW 1914/983 Nr. 9 a. E.

[69]) So Fischer bei Ehrenberg, S. 59. Wenn Wieland, HR Bd. II S. 28, die Höhe der Dividende als den für den Wert der Aktien maßgebenden Faktor bezeichnet, so bedeutet das keinen sachlichen Unterschied. Denn die Höhe der Dividende ist ja ebenfalls von dem Vermögensstand der Gesellschaft abhängig.

die MG überschuldet oder zahlungsunfähig ist und die Kapitalerhöhung zu Sanierungszwecken vornimmt. Hier würde eine Einlagerückgewähr der TG an die MG stattfinden, wenn die TG Aktien der MG zeichnet oder deren eigene Aktien unmittelbar von ihr kauft. Zur Feststellung der Vollwertigkeit der Aktien der MG ist aber deren Börsenkurs — sofern die Aktien zum Handel an der Börse zugelassen sind — keineswegs ohne Bedeutung. Zwar ergibt sich aus dem Kurs noch nicht unbedingt der wahre Wert der Aktien. Sowohl Ueberbewertung, wie Unterbewertung von Aktien sind häufige Erscheinungen. Immerhin bildet der Börsenkurs ein starkes Indiz für den Wert der Aktien. Weist nun die TG nach, daß der Kurs der Aktien der MG, die die TG erhalten hat, im Zeitpunkt der Zahlung der TG[70]) niedriger ist, als der Betrag, den die TG als Einlage geleistet hat, so hat sie m. E. damit prima facie den Beweis dafür erbracht, daß eine verbotene Rückzahlung der Einlage stattgefunden hat. Der beklagten MG steht dann aber immer die Führung des Gegenbeweises, z. B. an Hand einer von einem Treuhänder verfertigten Bilanz, offen, daß die börsenmäßige Bewertung ihrer Aktien zu niedrig war und deshalb in Wahrheit eine Rückzahlung von Einlagen der TG an die MG nicht stattgefunden hat.

§ 5.

Die Folgen eines Verstoßes gegen die §§ 213, 215 HGB, 30 GmbH-Ges.

I. Liegen nun im konkreten Falle einer Zeichnung oder eines Kaufes der TG von Aktien oder Geschäftsanteilen der MG eine Rückzahlung von Einlagen der TG gemäß den §§ 213, 215 HGB vor, so bedarf es nun der Nachprüfung, welche Konsequenzen sich hieraus ergeben.

II. Die §§ 213, 215 HGB, 30 GmbH-Ges. sind Verbotsgesetze[1]). Dies ergibt sich schon aus den Worten „können nicht" und „dürfen nicht"[2]).

---

[70]) Auf diesen Zeitpunkt kommt es nach RGZ 133/395 an.

[1]) RGR Komm. § 134 Anm. 1; Brodmann, AktR § 213 Anm. 2d, 3a; Staub-P., § 213 Anm. 3, § 215 Anm. 1; Hachenburg, GmbH-Ges. § 30 Anm. 1, 7. RGZ 107/167.

[2]) Planck-Strohal, § 134 Anm. 1a.

III. 1. Sind aber die angezogenen Bestimmungen gesetzliche Verbote, so verstoßen demnach die Rechtsgeschäfte zwischen TG und MG (Zeichnung oder Kauf von Aktien der MG unmittelbar von ihr) gegen diese Verbotsgesetze, denn ihr Inhalt ist das Versprechen einer vom Gesetz verbotenen Einlagerückgewähr an die MG. Hiermit sind aber die Voraussetzungen des § 134 BGB gegeben[3]).

2. Es fragt sich daher, ob auch die nach § 134 BGB angedrohte Folge der Nichtigkeit eintritt.

a) Daß diese Folge dann eintritt, wenn die TG Aktien der MG unmittelbar von dieser gekauft hatte, erscheint nicht zweifelhaft. Soweit Literatur und Rechtsprechung die Anfechtung wegen Irrtums oder Betruges bei einem derartigen Kauf zulassen mit der Begründung, der von dem Käufer (hier der TG) bezahlte Kaufpreis sei keine Einlage und daher stehe der § 213 HGB der nach erklärter Anfechtung erhobenen Condition nicht entgegen[4]), müssen sie erst auch die Nichtigkeit anerkennen, wenn der Kauf gegen § 213 HGB verstößt. Aber auch wenn man eine Anfechtung dieses Aktienkaufes wegen Willensmängeln nicht für statthaft erklärt[5]) — eine Konsequenz der hier vertretenen Auffassung, wonach der Kaufpreis „Einlage" ist —, steht der Anerkennung der Nichtigkeit des Kaufes wegen Verstoßes gegen zwingende Rechtsnormen nichts im Wege[6]). Dies alles gilt auch nach dem im § 4 IV Gesagten für den Kauf einer TG, die GmbH ist.

b) Schwieriger aber ist die Entscheidung in dem Falle, daß die TG Aktien oder Geschäftsanteile der MG originär, also durch Zeichnung erworben hat. Hier lautet die Fragestellung: Ist eine Aktienzeichnung, ein Beitritt zu einer GmbH wegen Verstoßes gegen § 213 HGB § 30 GmbH-Ges. gemäß § 134 BGB nichtig?

---

[3]) Vgl. Staudinger-Riezler, § 134 Anm. 2; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil § 177, I S. 577.

[4]) Vgl. das S. 33 Anm. 23, 24 zitierte Schrifttum.

[5]) Vgl. das S. 33 Anm. 25, 26 zitierte Schrifttum.

[6]) Ob das wieder die Möglichkeit der Condiktion des Geleisteten zur Folge hat, ist eine andere Frage.

In der Rechtsprechung ist diese Frage noch nicht erörtert worden. Im Schrifttum hat ausdrücklich nur Moses[7]) die Möglichkeit der Nichtigkeit eines Beitritts zu einer GmbH gemäß § 134 BGB erwogen, wobei er jedoch den Fall für undenkbar erklärt und deshalb nicht erörtert hat.

Dagegen hat das Reichsgericht in einem Falle zu entscheiden gehabt[8]), in welchem der geistig minderwertige Gründer einer GmbH von der Mitgründerin sittenwidrig ausgenutzt und wucherisch übervorteilt worden war, so daß die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 u. 2 BGB gegeben waren. Dieser Fall des Verstoßes eines Beitritts zu einer Kapitalgesellschaft gegen § 138 BGB ist aber deshalb wichtig und zum Vergleich mit dem hier erörterten Falle heranzuziehen, weil in beiden Fällen, des § 134 und des § 138 BGB, kraft zwingenden Rechtes als Folge eines Verstoßes gegen diese Bestimmungen die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts eintritt.

Das Reichsgericht hat jedoch wie in den Fällen des Betruges und Irrtums nach erklärter Anfechtung auch im Falle der Sittenwidrigkeit die Feststellung der Nichtigkeit des Beitritts zu einer GmbH abgelehnt. Es führt zur Begründung seiner Ansicht aus: Zwar seien nach positivem Recht die Folgen der Sittenwidrigkeit und des Wuchers anders geregelt als die des Einflusses der Willensmängel. Allein die Tatbestände der arglistigen Täuschung und des Wuchers seien sich oft sehr ähnlich, daher müsse auch im Falle der Sittenwidrigkeit jenes „Gewohnheitsrecht", auf Grund dessen der Beitritt zu einer Kapitalgesellschaft nicht rückgängig gemacht werden könne, Geltung haben. Dem Reichsgericht stimmt Molitor[9]) grundsätzlich zu und führt aus, das vom Reichsgericht gefundene Ergebnis sei schon deshalb richtig, weil ja nach der Berufung auf Scherz und Schein versagt sei, deren Folge ja ebenfalls die Nichtigkeit sei.

Das Erkenntnis des Reichsgerichts, wie auch die Ausführungen von Molitor, sind jedoch nicht überzeugend. Mit

---

[7]) In Iher Jahrb. 53/418.

[8]) RGZ 123/102.

[9]) In JW 1929/643 Nr. 8 Anm.

Recht erklären Brodmann[10]) und Bing[11]) die Begründung des Reichsgerichtes gegenüber der positiven Regelung im § 138 BGB für unhaltbar. Der Unterschied zwischen einer Erklärung, die durch arglistige Täuschung hervorgerufen wurde, und einem sittenwidrigen Rechtsgeschäft liegt nach positivem Recht eben darin, daß jene Erklärung von Anfang an gültig und nur durch Anfechtung mit rückwirkender Kraft vernichtbar ist, während diese von vornherein keine rechtliche Wirkung hat. Aber auch abgesehen von der verschiedenartigen Regelung der Rechtsfolgen beider Tatbestände, besteht gerade in den Voraussetzungen beider Bestimmungen ein erheblicher Unterschied. Es kann dem Reichsgericht und Molitor zugegeben werden, daß eine gewisse Aehnlichkeit der Tatbestände der §§ 123, 138 BGB vorhanden sein mag. Andererseits besteht aber der Unterschied zwischen beiden Bestimmungen darin, daß zur Erfüllung des Tatbestandes des § 138 Abs. 1 BGB eine Kenntnis der Kontrahenten von der Sittenwidrigkeit des Geschäfts nicht erforderlich ist[12]). Dagegen gehört zum Tatbestande der arglistigen Täuschung eine Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen zum Zwecke der Irrtumserregung, also durchaus ein subjektives Moment auf seiten des Täuschenden[13]).

Das Reichsgericht hat nun offenbar die Aehnlichkeit der beiden Fälle, der §§ 123, 138 BGB, für so überwiegend gehalten, daß es trotz der vorhandenen Unterschiede der Tatbestände im Falle der Beitrittserklärung beide gleichmäßig behandelt hat, ohne zu sagen, weshalb die Unterschiede gänzlich zurückzutreten haben. Dies fällt um so mehr auf, als im Schrifttum und in der Rechtsprechung durchaus anerkannt ist, daß Beitrittserklärungen zu Kapitalgesellschaften auch nichtig sein können. So tritt Nichtigkeit dann ein, wenn z. B. ein Formerfordernis der Beitrittserklärung fehlt[14]). Die Bei-

---

[10]) GmbH-Ges. § 2 Erl. 6b.

[11]) b. Dür-Hach, § 182 Anm. 32.

[12]) Staudinger, § 138 Anm. I, 4; Oertmann, § 138 Bem. B 1a; Dür-Hach a. a. O., S. 273/274.

[13]) Staudinger, § 123 Anm. IV 1; Oertmann, § 123 Bem. B 1b.

[14]) RGZ 118/274; 137/73 ff., in Anwendung auf die Genossenschaft m. u. N.

trittserklärung ist aber auch dann nichtig, wenn der Beitretende geschäftsunfähig ist oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und die Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters nicht erteilt ist[15]). Endlich tritt die Nichtigkeitsfolge ein, wenn der Beitretende eine Beitrittserklärung gar nicht hat abgeben wollen, sondern die Erklärung wider seinen Willen in die Hände der Gesellschaft gekommen ist. Weshalb tritt dann in den Fällen der Geschäftsunfähigkeit z. B. die Folge der Nichtigkeit der Erklärung gemäß § 105 BGB ein, im Falle der Sittenwidrigkeit dieselbe Folge aus § 138 BGB aber nicht?

Diese Problematik erkennt auch Molitor, der deshalb darauf abstellen möchte, „ob das Individualinteresse des Beitretenden, von der mangelhaften Erklärung loszukommen, oder das Interesse der Allgemeinheit, ihn an der auch der Oeffentlichkeit gegenüber abgegebenen Erklärung im Interesse der Verkehrssicherheit festzuhalten, überwiegt"[16]). Hierdurch wird jedoch das Problem nicht gelöst, es wird nur anders formuliert. Denn w a n n das Interesse des Einzelnen oder das der Allgemeinheit überwiegt, sagt Molitor mit keinem Worte. Das Reichsgericht stellt deshalb auf den Willen des Beitrittslustigen ab und führt in einer Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate in Anwendung auf die Genossenschaft[17]) aus, der Rechtssatz sei zur Anerkennung gelangt, „daß die Zeichnung von Aktien, wenn die durch die Zeichnung erfolgte Erklärung der Beteiligung bewußt abgegeben und so, wie sie vorliegt, gewollt war, bindend ist, und zwar dergestalt, daß, sobald jene Voraussetzungen vorhanden sind, die Berufung auf einen geheimen Vorbehalt ebensowenig, wie die Behauptung, daß die Erklärung nur zum Schein abgegeben, nicht ernstlich gemeint, oder durch Irrtum, durch Betrug oder durch Drohung veranlaßt sei, Beachtung finden kann". Vorausgesetzt ist aber nach der Auffassung des Reichsgerichts eine rechtlich erhebliche Erklärung. Eine Er-

---

[15]) Vgl. Brodmann, AktR § 189 Erl. 4a; § 2 GmbH-Ges. Erl. 6b; Hachenburg, GmbH-Ges. § 2 Anm. 31, 34; Feine b. Ehrenberg, GmbH S. 174; Recht 1915/938; Staub-P., § 189 Anm. 25.

[16]) Vgl. JW a. a. O.

[17]) RGZ 57/297.

klärung, der kraft zwingenden Rechts, wie in den Fällen der §§ 105, 138 BGB überhaupt keine Wirksamkeit beigelegt werden kann, weil der in ihr erklärte Wille vom Gesetz nicht als rechtlich erheblich anerkannt wird, kann auch keine gültige Beitrittserklärung zu einer Kapitalgesellschaft sein. Wenn Molitor demgegenüber darauf hinweist, daß Erklärungen, die zum Schein oder scherzhaft abgegeben sind, nicht anders behandelt werden könnten, als unsittliche Erklärungen, so übersieht er dabei, daß jedenfalls § 117 BGB keinesfalls zur Anwendung kommen kann. Denn die Beitrittserklärung ist wenigstens nach herrschender Meinung ein einseitiger Akt und keine empfangsbedürftige Willenserklärung[18]); eine solche ist aber gerade Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 117 BGB. Zur Anwendung des § 118 BGB, im Falle einer scherzhaft abgegebenen Beitrittserklärung, genügt nun zwar auch eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung[19]). Deshalb ist Moses[20]) zuzustimmen, daß sich eine theoretische Erklärung für die Gültigkeit des scherzhaften Beitrittes zu einer Kapitalgesellschaft nicht finden läßt[21]).

Und doch wäre es m. E. verfehlt, mit Molitor den scherzhaften Beitritt einem sittenwidrigen oder dem Beitritt eines Geschäftsunfähigen gleichzustellen. Denn zwischen beiden Arten besteht ein gewichtiger Unterschied. Die Scherzerklärung ist äußerlich vollkommen in Ordnung[22]), sie ist von einer geschäftsfähigen Person, also einer solchen abgegeben worden, die rechtlich erhebliche Erklärungen abgeben k a n n, und auch ihr Inhalt und Zweck sind einwandfrei. Die Nichtigkeit tritt nur ein, weil der Wille des Erklärenden nicht mit seiner Erklärung übereinstimmt, sondern überhaupt

---

[18]) Vgl. Lehmann, Recht der AG Bd. I S. 344; Fischer b. Ehrenberg, S. 94 ff.; Feine, GmbH S. 178; Moses a. a. O., S. 401, 414; Staub-P., § 189 Anm. 20; a. M. Brodmann, AktR § 189 Erl. 3b u. die durch RGZ 79/115, 177 überholten Entscheidungen RGZ 2/274; 63/98 sowie Gierke, HR S. 274.

[19]) Vgl. Staudinger, § 118 Anm. 5; Planck-Strohal § 118 Anm. 4a; Oertmann, § 118 Anm. 4.

[20]) a. a. O. S. 415.

[21]) Auch Feine a. a. O. gibt keine derartige Begründung.

[22]) Vgl. Planck-Strohal § 118 Anm. 1.

fehlt[23]), und der Erklärende angenommen hat, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Anders aber in den Fällen der §§ 105, 138 BGB. Hier ist die Erklärung schon äußerlich mit einem Makel behaftet, sei es mit einem Makel, der in der Person des Erklärenden liegt, welcher überhaupt unfähig ist, rechtserhebliche Erklärungen abzugeben, sei es mit einem solchen, der in der Erklärung selbst, in ihrem Inhalt, Zweck und Motiv[24]) liegt . Deshalb ist es durchaus zutreffend, wenn die Rechtsprechung im Falle des Scherzes den Erklärenden im Interesse der Gläubiger zum Zwecke der Erhaltung der Kapitalgrundlage der Gesellschaft an seiner äußerlich gültigen Erklärung festhält. Andererseits liegt aber in den Fällen der §§ 105, 138 BGB ein gültiger Beitritt überhaupt nicht vor. Läßt man aber bei einer Beitrittserklärung, die gegen die guten Sitten verstößt oder wucherisch ist, die Nichtigkeitsfolge eintreten, so steht nichts im Wege, auch eine Beitrittserklärung, die gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, gemäß § 134 BGB für nichtig zu erklären. Denn die beiden Bestimmungen der §§ 134, 138 BGB betreffen Fälle, in denen die Willenserklärung wegen ihres Inhalts mit dem Gesetz oder den von ihm für maßgeblich und verbindlich erklärten „guten Sitten" in Widerspruch steht.

Daß eine Beitrittserklärung gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig sein kann, scheint auch die Meinung von Feine zu sein. Dieser lehrt[25]), daß eine Beitrittserklärung zu einer GmbH nur vorbehaltlos rechtsgültig erfolgen könne. „Es könne niemand seinen Beitritt z. B. vom Erfolg des ersten Geschäftsjahres abhängig machen, die Leistung seiner Sacheinlage von der Erfüllung übernommener Verpflichtungen durch die GmbH oder sich das Recht vorbehalten, gegen Verzicht auf die 25%ige Einzahlung aus der GmbH auszuscheiden, oder einer GmbH nur auf zwei Jahre beizutreten. Derartige Bedingungen des Beitritts würden auch gegen § 19 Abs. 2 und 30 Abs. 1 ver-

---

[23]) Planck-Strohal a. a. O.

[24]) Enneccerus, Allg. Teil (1926) S. 481.

[25]) a. a. O. S. 181.

stoßen." Das aber sind typische Verbotsgesetze[26]). Die eintretende Nichtigkeit des Beitritts würde demnach auch hier aus § 134 BGB folgen.

IV. 1. a) Ist die Aktienzeichnung der TG (ihr Beitritt, wenn die MG GmbH ist) wegen Verstoßes gegen §§ 213, 215 HGB, 30 GmbH-Ges. gemäß § 134 BGB nichtig, so ist die TG nicht Aktionärin der MG geworden. Die Nichtigkeit der Zeichnung wird auch durch die trotzdem erfolgte Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister nicht etwa geheilt[27]).

Ist aber die TG nicht Aktionärin der MG geworden, so hat die MG als Aktionärin der TG von dieser Zahlungen empfangen, die den Vorschriften der §§ 213, 215 HGB zuwiderlaufen. Die MG haftet daher den Gläubigern der TG aus § 217 HGB, und zwar auch dann, wenn die MG gutgläubig war, da die Zahlung an sie weder Zins- noch Gewinnanteilszahlung darstellte, aber auch die TG selbst kann Ansprüche auf Rückzahlung gegen die MG erheben. Rechtsgrund für die Ansprüche der TG ist zwar nicht § 217 HGB, denn ein Anspruch der Gesellschaft gegen ihre Aktionäre ist hier nicht gegeben[28]). Den Rechtsgrund der Ansprüche der TG bildet vielmehr § 812 BGB[29]). Denn sie hat, ohne Aktionärin zu sein, also ohne rechtlichen Grund, eine Zahlung an die MG bewirkt. Infolgedessen ist auch nicht etwa das von der TG gezahlte Geld Einlage bei der MG geworden, so daß diese ihrerseits unter Berufung auf § 213 HGB die Rückzahlung verweigern könnte. Vielmehr steht § 213 der MG nicht zur Seite[30]).

Allerdings ist die Condiktion immer dann ausgeschlossen, wenn die TG bewußt Einlage zurückzahlte (§ 814 BGB). Dann ist ihr gleichzeitig auch der Anspruch aus § 817 BGB versagt;

---

[26]) Vgl. § 19 II GmbH-Ges. „Die Stammeinlagen können nicht erlassen werden." § 30 I GmbH-Ges. „Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen darf nicht ausgezahlt werden."

[27]) Vgl. für den Fall der Nichtigkeit des Zeichnungsscheins, Brodmann AktR § 189 Anm. 8a, dasselbe gilt in diesem Falle aber auch.

[28]) Vgl. Brodmann, AktR § 217 Anm. 6; Staub-P., § 217 Anm. 17.

[29]) RG JW 1930/3730; Staub-P., § 217 Anm. 21; Lehmann-Ring, § 217 Anm. 4; Fischer, S. 390.

[30]) Vgl. Brodmann, AktR § 213 Anm. 2d c. cit.; Dür-Hach-Flechtheim § 213 Anm. 10.

denn wenn auch die MG durch die Annahme der zurückgezahlten Einlage gegen das Verbot des § 213 HGB verstoßen haben sollte — was durchaus zweifelhaft ist, weil das Verbot m. E. nur gegen die zahlende TG gerichtet ist[31]) —, so fiele doch der TG durch die entgegen den §§ 213, 215 HGB geleistete Zahlung ein gleicher Verstoß zur Last. Diese einer Condiktion entgegenstehenden Hindernisse lassen sich jedoch vermeiden, da die TG das Geld auch, worauf Flechtheim zutreffend hinweist[32]), mit der Eigentumsklage gemäß § 985 BGB zurückverlangen kann. Zahlt nämlich die TG auf Grund der gegen § 213 HGB verstoßenden Zeichnung Einlage an die MG zurück, so ist nicht nur die Zeichnung, sondern auch das dingliche Erfüllungsgeschäft, die Uebereignung des Geldes selbst, nichtig. Denn auch und gerade dieses verstößt gegen § 213. In solchem Falle ist aber anerkannt, daß die Nichtigkeit des Kausalgeschäftes die des dinglichen Geschäftes nach sich zieht[33]). Das Eigentum am Gelde ist daher nicht auf die MG übergegangen, so daß die Voraussetzungen des § 985 BGB erfüllt sind. Ist das Eigentum der TG am Geld aber durch Vermischung bei der MG untergegangen, so hat die TG den Anspruch aus § 951 BGB, der den Einschränkungen der §§ 814, 817 BGB nicht unterliegt, weil die Verweisung in § 951 BGB auf §§ 812 ff. nur den Umfang der Herausgabepflicht begrenzt[34]).

b) Etwas anders gestalten sich die Rechtsfolgen, wenn die Aktienzeichnung der TG, die GmbH ist, bei der MG nichtig ist. In diesem Falle stehen Ansprüche nur der TG zu[35]). Ein Anspruch der Gläubiger ist nicht gegeben, da im GmbH-Ges. eine dem § 217 HGB entsprechende Regelung fehlt. Im übrigen muß bei den Ansprüchen der TG unterschieden werden:

Wurde durch die Auszahlung an die MG das Stammkapital der TG angegriffen, so haftet die MG nach § 31 GmbH-

---

[31]) A. M. anscheinend Dür-Hach-Flechtheim § 213 Anm. 12.

[32]) Flechtheim a. a. O.

[33]) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 139 I 5b S. 455; RGZ 57/96.

[34]) Flechtheim a. a. O.; RGR Komm. § 951 Anm. 3; RGZ 81/206.

[35]) Hachenburg, GmbH-Ges. § 31 Anm. 2; Brodmann, GmbH-Ges. § 31 Erl. 1b.

Ges. auf vollständige Rückerstattung des Empfangenen. Dieser Anspruch ist kein Bereicherungsanspruch. Deshalb kann die MG auch nicht den Einwand des Wegfalls der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB erheben. Vielmehr besteht, wie Brodmann[36]) ausführt, ein besonderer schuldrechtlicher Anspruch aus Quasidelikt.

Wurde durch die Auszahlung an die MG dagegen das Stammkapital der TG nicht angegriffen, so hat diese gegen die MG nur die Condiktion gemäß § 812 BGB[37]) oder die Eigentumsklage gemäß § 985 BGB[38]).

2. Ist der Aktien k a u f der TG wegen Verstoßes gegen § 213, 215 HGB, 30 GmbH-Ges. gemäß § 134 BGB nichtig, so fragt sich zunächst, welche Folgen die Nichtigkeit dieses Kausalgeschäftes für das dingliche Erfüllungsgeschäft nach sich zieht. Grundsätzlich bleibt dieses, die Uebereignung der Aktie von der MG an die TG einerseits, die Uebereignung des Geldes von der TG an die MG andererseits, von der Nichtigkeit des Kaufes unberührt. Der Ausgleich der Vermögensverschiebung vollzieht sich nach den §§ 812 ff. BGB[39]).

Erhebt nun die klagende TG den Condiktionsanspruch auf Rückzahlung des Geldes[40]), so fragt sich, ob die beklagte MG nicht der Klägerin gegenüber, die nunmehr, wenn auch ohne rechtlichen Grund Aktionärin der MG geworden ist, entgegenhalten kann, sie brauche und dürfe auch den Kaufpreis an die TG nicht mehr zurückzahlen, denn dieser qualifiziere sich als Einlage der TG für den Erwerb der Aktienrechte an der MG. Daher sei eine Rückzahlung gemäß §§ 213, 215 HGB verboten. Für diejenigen, die den Aktienkauf grundsätzlich anders behandeln wollen, als die Zeich-

---

[36]) GmbH-Ges. § 31 Erl. 1.

[37]) Hachenburg, GmbH-Ges. § 30 Anm. 2.

[38]) Dür-Hach-Flechtheim a. a. O.

[39]) Auch hier konkurriert mit der Condiktion die Eigentumsklage aus § 985 BGB, vgl. hierüber unten Anm. 44.

[40]) Oder jedenfalls desjenigen Betrages, den sie über den Wert der Aktie hinaus zur Zeit ihres Empfanges gezahlt hat. So nach der Saldotheorie. Vgl. RGR Komm. § 818 Anm. 8; Staudinger, § 818 Anm. 15; Enneccerus-Lehmann § 224 III S. 709.

nung[41]) und die sagen, der Kaufpreis sei keine Einlage, bietet die Sachlage keine Problematik. Sie können den Einwand der MG unbeachtet lassen und sie zur Rückzahlung an die TG verurteilen.

Diejenigen aber, die den Einwand der MG für grundsätzlich erheblich erachten[42]), befinden sich in einem eigentümlichen Zwiespalt. Auf der einen Seite verlangt die TG nämlich die an die MG zurückgezahlte Einlage wieder heraus. Auf der andern Seite weigert sich die MG zurückzuzahlen, da sie dann ihrerseits Einlage zurückzahlen müßte.

Dieser Konflikt läßt sich jedenfalls dann lösen, wenn sich feststellen läßt, daß die Parteien, MG und TG, die Abhängigkeit des Vollzugsgeschäftes, der Aktienübereignung, vom Grundgeschäft, dem Kaufe, gewollt haben. Liegt dieser Fall vor, dann hat die Nichtigkeit das Kaufes auch die Nichtigkeit der Aktienübereignung zur Folge[43]).

Dann aber wäre die TG nicht Aktionärin der MG geworden. Es entfiele also der Einwand der MG aus § 213 HGB, da dann die Geldzahlung der TG nur eine vermeintliche Einlagezahlung bildete.

Läßt sich jedoch ein solcher Parteiwille nicht feststellen, dann ist dieser Weg ungangbar[44]).

---

[41]) Vgl. das S. 33 Anm. 23/24 zitierte Schrifttum.

[42]) Vgl. das S. 33 Anm. 25/26 zitierte Schrifttum.

[43]) Vgl. RGR Komm. § 139 BGB Anm. 2; Enneccerus-Nipperdey § 178 II 3 S. 583; Schlegelberger-Quass.-Schm. § 226 Nov. Anm. 48; RGZ 54/340.

[44]) Man könnte versuchen, noch auf folgende Weise den Einwand der MG aus § 213 HGB dadurch zu entkräften, daß man sagt, die TG sei ebensowenig wie im Falle der nichtigen Zeichnung Aktionärin geworden. Denn sowohl in dem Kaufvertrage der TG, der auf ihrer Seite die Verpflichtung zur Zahlung an die MG und damit die Verpflichtung zur Einlagerückgewähr enthalte, wie auch in dem dinglichen Geschäft, der Geldzahlung an die MG selbst, die die tatsächliche Einlagerückgewähr darstelle, lägen die Gründe der Nichtigkeit. (Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 139, I 5b S. 455; Dür-Hach-Flechtheim, § 213 Anm. 12; RGZ 57/96; RG JW 1930/3730.) Daher sei die TG nicht Aktionärin geworden und demgemäß entfalle auch der Einwand der MG aus § 213 HGB und der Condiktion bezw. der Eigentumsklage stehe nichts im Wege. Dabei ist jedoch übersehen, daß es sich beim Kaufe als gegenseitigem Vertrage um zwei Erfüllungsgeschäfte, die Aktienübereignung

Eine befriedigende Lösung des Problems aber wird sich dann finden lassen, wenn man einmal von der Bestimmung des § 217 HGB ausgeht. Hierin wird den Gläubigern der AG das Recht eingeräumt, von den Aktionären der Gesellschaft Zahlung zu verlangen, soweit diese entgegen den Vorschriften des HGB Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben. Die Gläubiger der TG haben also das Recht, die MG insoweit in Anspruch zu nehmen, als diese über den wahren Wert ihrer der TG verkauften Aktien hinaus Zahlungen von der TG empfangen hat. Ihnen gegenüber aber kann sich die MG nicht auf § 213 HGB berufen. Denn sie würde ja keine Zahlung an ihren Aktionär leisten. Vielmehr erheben die Gläubiger der TG ihre Ansprüche aus eigenem Recht.

Das den Gläubigern der TG gewährte Recht kann aber der Gesellschaft selbst nicht versagt sein[45]). Dieses Ergebnis entspricht allein auch der Billigkeit. Denn dann erhält die TG Aktien der MG im gleichen Werte des von ihr an die MG Gezahlten. Es findet also tatsächlich nur ein Austausch gleicher Werte statt und deshalb sind vor allem auch die Gläubiger der TG geschützt.

---

und die des Geldes handelt. Die Nichtigkeit der Uebereignung des Geldes von der TG an die MG führt deshalb noch nicht die Nichtigkeit der Uebereignung der Aktie herbei, so daß die Aktionäreigenschaft der TG bestehen bleibt. Daraus folgt aber, daß die Zahlung an die MG trotzdem Einlage geworden ist. Das Gesagte bedarf jedoch einer Einschränkung. Es läßt sich nämlich aus der Nichtigkeit der Geldzahlung, die die TG an die MG leistete, immerhin wenigstens eine Folgerung ziehen. Solange eine Vermischung des von der TG gezahlten Geldes mit dem der MG noch nicht stattgefunden hat, kann das Geld, weil es noch im Vermögen der TG ist, nicht „Einlage" bei der MG geworden sein (Staub-P. § 178 HGB Anm. 19). Deshalb könnte hier die TG das gezahlte Geld Zug um Zug gegen Rückgabe der Aktie an die MG von dieser zurückverlangen, ohne daß die MG den Einwand aus § 213 HGB erheben könnte. Da im allgemeinen jedoch bei derartigen Zahlungen Geldzahlungen eine geringe Rolle spielen werden, dürfte dieser Fall kaum praktisch werden. Aber selbst im Falle der Geldzahlung dürfte dieses durch Vermischung ins Alleineigentum der MG übergegangen sein (§§ 948, 947 BGB). Daher bleibt auch hier nur der Bereicherungsanspruch aus § 951 BGB für die TG bestehen. Für diesen gilt das im Text Gesagte ebenfalls.

[45]) RGZ 77/90.

3. Dieses Ergebnis muß aber auch in dem Fall gelten, daß die TG eine GmbH ist. Zwar fehlt im GmbH-Gesetz eine dem § 217 HGB entsprechende Bestimmung. Aber auch hier wird die für den Fall der AG gefundene Lösung der Sachlage und den Interessen der Gläubiger beider Gesellschaften am ehesten gerecht. Die Gläubiger der MG erhalten den Zugriff auf das Geld, denen der TG aber haften Wertpapiere im gleichen Werte des von der TG gezahlten Betrages.

V. 1. Betrachtet man noch einmal rückschauend die Ergebnisse der bishergen Untersuchung, so läßt sich folgendes feststellen:

Der Meinung Flechtheims, der eine Zeichnung der TG von Aktien der MG wegen der verschiedenen Rechtspersönlichkeiten von MG und TG unbeschränkt für zulässig hält, kann nicht unbedingt und allgemein gefolgt werden.

Ebensowenig aber ist die vom Reichsgericht in RGZ 108/41 vertretene Gegenmeinung haltbar, wonach die Zeichnung der TG, deren Aktien sich fast ganz in der Hand der MG befinden, stets unzulässig ist.

Es muß vielmehr sowohl dann, wenn die TG Aktien der MG zeichnet, wie auch dann, wenn sie Aktien der MG von dieser unmittelbar kauft, unterschieden werden.

Sind die Aktien der MG, die die TG erhält, vollwertig, so ist die Zeichnung oder der Kauf schlechthin gültig. Denn eine Rückzahlung der Einlage von der TG an die MG hat dann nicht stattgefunden.

Sind dagegen die der TG gewährten Aktien der MG nicht vollwertig, was dann der Fall ist, wenn die MG im Zeitpunkt der Gewährung der Aktienrechte überschuldet oder zahlungsunfähig ist, so sind Zeichnung und Kauf der TG wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 213 HGB gemäß § 134 BGB nichtig. Es bestehen dann Rückforderungsrechte der TG gegen die MG.

2. Einer Prüfung bedarf nur noch, ob mit dieser Lösung auch die Schwierigkeiten behoben werden, die durch die unbeschränkte Zulassung der Zeichnung der TG, die Flechtheim ja befürwortet, entstehen würden.

Es ist schon oben[46]) mit dem Hinweis auf Isay ausgeführt worden, daß bei unbeschränkter Zulassung einer Zeichnung der TG bei der MG die Möglichkeit besteht, daß durch wechselseitige Kapitalerhöhungen und gegenseitige Aktienzeichnungen der beiden Gesellschaften eine „Kapitalverwässerung" eintreten kann, durch die die Oeffentlichkeit über den Stand der Gesellschaften und ihre Kreditwürdigkeit ein falsches Bild erhält.

Nach dem hier Gesagten kann die TG immer nur dann gültig Aktien der MG zeichnen, wenn die MG zahlungsfähig und nicht überschuldet ist. Das gilt aber auch für den umgekehrten Fall, für die Zeichnung der MG von Aktien der TG, wenn die TG selbst auch Aktionärin der MG ist, wenn sie z. B. einmal eine Aktie der MG gekauft hat. Denn dann zahlt die MG bei einer Zeichnung von Aktien der TG, wenn diese Aktien nicht vollwertig sind, also die TG zahlungsunfähig oder überschuldet ist, ihrerseits Einlage an die TG zurück. Die Zeichnung der MG ist dann nichtig.

In allen diesen Fällen können demnach wechselseitige gültige Kapitalerhöhungen nicht vorkommen. Eine „Kapitalverwässerung" findet also nicht statt.

Wie aber ist es, wenn die Gesellschaften beide zahlungsfähig und schuldenfrei sind?

In diesem Falle sind m. E. die Kapitalerhöhungen gültig. Sie sind aber auch bedenkenfrei. Es wird durch sie über die Kreditwürdigkeit der Gesellschaften in der Oeffentlichkeit kein falsches Bild erzeugt. Sind nämlich die der zeichnenden Gesellschaft gewährten Aktien vollwertig, so hat sie nicht mehr aus ihrem Vermögen hergegeben, als sie empfangen hat. Dann ist es aber auch gleichgültig, ob auf der Aktivseite der Bilanz der Gesellschaft, welche zeichnete, das Vorhandensein einer Bargeldsumme oder eines Bankguthabens ausgewiesen wird, oder ob aus der Bilanz der Besitz mindestens gleichwertiger Wertpapiere erhellt.

Es findet also selbst bei mehrfachen Kapitalerhöhungen beider Gesellschaften keine „Kapitalverwässerung" statt, weil bei beiden vollwertige Vermögensgegenstände, sei es bares

[46]) Vgl. S. 22.

Geld oder Bankguthaben, seien es Wertpapiere, vorhanden sind.

In solchen Fällen aber würden auch die Gesellschaften und vor allem deren Aktionäre an Kapitalerhöhungen keinerlei Interesse haben. Denn je höher das Grundkapital einer AG ist, um so mehr Vermögen muß sie besitzen, damit eine Dividendenverteilung vorgenommen werden kann.

Gerade dann aber, wenn eine Gesellschaft Aktien zeichnet, können diese Aktien selbstverständlich auch dann, wenn sie zur Zeit des Erwerbes vollwertig waren, danach im Werte gesunken sein. Sie müssen in diesem Falle auch nach der jetzt geltenden Fassung des § 261 HGB mit dem niedrigeren Kurswerte, als dem wahren Werte am Bilanzstichtage, und nicht mit dem höheren Anschaffungswerte in der Bilanz aufgeführt werden[47]). Dadurch aber wird eine Dividendenverteilung leicht in Frage gestellt, weil das Aktivvermögen ohne gleichzeitige Verringerung des Grundkapitals gemindert wird. Sie ist nur dann noch möglich, wenn entweder noch genügend übrige Werte vorhanden sind, die den Betrag des Grundkapitals (und der Reservefonds) übersteigen, oder wenn ein Reservefonds aufgelöst oder endlich das Grundkapital herabgesetzt wird.

Insbesondere die letzten beiden Maßnahmen sind aber dem Ansehen einer Gesellschaft abträglich; man wird sich zu ihnen nicht leicht entschließen können und deshalb nicht ohne Not Aktien zeichnen und selbst Kapitalerhöhungen vornehmen.

Die Befürchtungen Isay's, daß „Kapitalverwässerungen" eintreten könnten, sind nach alledem immer unbegründet, wenn die Kapitalerhöhungen zu Sanierungszwecken vor-

---

[47]) Zwar kann es sich bei diesen Aktien um Wertpapiere handeln, die „dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind". Sie dürfen aber trotzdem nicht ohne Rücksicht auf den geringeren Kurswert zu den Anschaffungskosten in der Bilanz eingesetzt werden. Denn die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung machen hier im Gegensatz zu festverzinslichen sicheren Wertpapieren, deren Auszahlung die Gesellschaft trotz augenblicklichen Kursverlustes zu pari erwarten kann, Abschreibungen auf den wirklichen Wert erforderlich. Vgl. Quassowski, JW 1931/2916; Staub-P. Nov. § 261 Anm. 20.

genommen werden, weil dann mangels Vollwertigkeit der gezeichneten Aktien die Zeichnungen nichtig sind. In den übrigen Fällen, die m. E. kaum praktisch werden dürften, liegt eine „Kapitalverwässerung" überhaupt nicht vor.

Es ergibt sich somit, daß durch den hier angegebenen Lösungsweg mit Hilfe der §§ 213, 215 HGB, 30 GmbH-Ges. die Isay'schen Bedenken gegenüber der Ansicht Flechtheims hinfällig werden.

§ 6.

Der Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft von dritter Seite.

Sind bisher die Fälle untersucht worden, in denen die TG Aktien der MG, sei es durch Zeichnung bei einer Kapitalerhöhung der MG, sei es durch Kauf unmittelbar von der MG erwarb, so bleibt nun noch eine kurze Betrachtung des Falles übrig, in welchem die TG Aktien der MG von einem Dritten erwirbt.

Dieser Fall war ebenso häufig wie gefährlich, da insbesondere Aktionäre und Gläubiger der TG durch den mitunter zu überhöhten Preisen erfolgten Erwerb der Aktien der MG leicht geschädigt wurden. Gerade auch in der letzten Zeit veranlaßten oftmals Muttergesellschaften ihre Tochtergesellschaften zum Ankauf an der Börse zum Zwecke der Kursstützung dieser Aktien und damit auch zum Zwecke der Erhaltung der Kreditwürdigkeit der MG.

I. Gegen die Gültigkeit derartiger Käufe von Aktien der MG durch die TG bestehen keinerlei Bedenken. Einem solchen Kauf steht weder eine bürgerlich-rechtliche noch eine aktienrechtliche Vorschrift entgegen. Insbesondere verstößt ein solcher Kauf auch nicht wie in den bisherigen Fällen gegen §§ 213, 215 HGB, 30 GmbH-Ges. Denn die Zahlung des Kaufpreises erfolgt nicht an einen Aktionär der zahlenden TG, sondern an dritte unbeteiligte Personen.

Eine Umgehung des § 226 HGB a. F. mag zwar vorliegen, wenn durch den Erwerb von Aktien der MG durch die TG der Kurs der Aktien der MG gestützt werden soll. Denn die MG durfte bisher ja dies nicht selbst tun, weil der Erwerb eigener Aktien zu diesem Zwecke nicht als Erwerb

„im regelmäßigen Geschäftsbetriebe" angesehen wurde[1]). Allein für die Gültigkeit des Erwerbes der Aktien, des dinglichen Geschäftes, kommt dieser Tatsache keine Bedeutung zu. Das Umgehungsgeschäft ist nämlich deshalb nicht nichtig, weil ja auch im § 226 HGB a. F., im Verbotsgesetz, welches umgangen wurde, als Folge eines Verstoßes keine Nichtigkeit, sondern nur Regreßansprüche gegen die Verwaltung gemäß §§ 241, 249 HGB festgesetzt waren[2]).

Zweifeln, ob Nichtigkeit eintritt, könnte man nur im Falle des Erwerbes nicht volleingezahlter Aktien der MG durch die TG. Denn hier droht der § 226 HGB beim Erwerb der Aktien durch die MG selbst Nichtigkeit an. Aber auch hier ist der Erwerb der TG nicht nichtig. Denn er vereitelt nicht den Zweck des Verbotsgesetzes[3]). Das aber ist gerade zur Erfüllung des Tatbestandes der Gesetzesumgehung erforderlich[4]). Der Zweck der Bestimmung des § 226 HGB, wonach der Erwerb eigener nicht volleingezahlter Aktien nichtig ist, ist nämlich außer den schon früher dargelegten, auf den Erwerb durch die TG ebenfalls nicht zutreffenden Gründen auch der, zu verhindern, daß die Einlageforderung der AG gegen ihren Aktionär durch Confusion erlischt. Erwirbt aber die TG Aktien, so erlangt — wie schon früher betont — die MG gegen sie die Forderung auf Einzahlung der restlichen ausstehenden Einlage.

II. Ist somit der Erwerb von Aktien der MG, die die TG von einem Dritten kauft, juristisch unanfechtbar gültig, so ist damit noch nicht gesagt, daß durch derartige Geschäfte keinerlei Schadensersatzansprüche entstehen können. Schon in der Einleitung zu diesem Paragraphen wurde auf die Gefährlichkeiten der Geschäfte hingewiesen.

---

[1]) Brodmann, AktR § 226 Anm. 3a; Staub-P. § 226 Anm. 2. In der letzten Zeit vor Erlaß der Novelle freilich betrachtete man allerdings den Erwerb zu Kursstützungszwecken in den Kreisen der Praxis vielfach noch als „regelmäßigen Geschäftsbetrieb". Vgl. Flechtheim bei Dür-Hach, § 226 Anm. 1; Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 3, Staub-P., Nov. Einleitung zu §§ 226, 227.

[2]) Staub-P. a. a. O. Anm. 1.

[3]) A. M. Isay, Kart. Rdsch. 1922/203.

[4]) Vgl. Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes, S. 12, 225.

1. a) Lassen sich nun Vorstand und Aufsichtsrat der TG auf derartige risikoreiche Geschäfte ein, und wird die TG hierdurch geschädigt, weil die von ihr gekauften Aktien der MG wertlos sind oder werden, so ist es selbstverständlich, daß Vorstand und Aufsichtsrat der TG ihr gemäß §§ 241, 249 HGB, 43, 52 GmbH-Ges. i. Verb. mit § 249 HGB für den daraus entstehenden Schaden haften, sofern sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes außer acht gelassen haben.

b) Haben sie sogar mit Vorsatz oder Eventualdolus gehandelt, so haften sie der Gesellschaft gegenüber außer aus den genannten Bestimmungen noch aus den §§ 312 HGB i. Verb. mit § 823 Abs. 2 BGB[5]).

2. Es fragt sich aber, ob nicht nur Vorstand und Aufsichtsrat der TG haften, sondern ob nicht auch die MG selbst haftbar gemacht werden kann.

Da vertragliche Beziehungen zwischen MG und TG nicht bestehen, kann ein Anspruch der TG gegen die MG nur auf unerlaubte Handlung gestützt werden. Hat die MG den Vorstand der TG zu dem Ankauf der Aktien kraft ihres Einflusses als Großaktionär der TG veranlaßt, so haftet die MG als Anstifterin zu der unter II, 1 b geschilderten unerlaubten Handlung des Vorstands der TG gemäß § 830 BGB. Darüber hinaus kann die MG auch noch aus eigener unerlaubter Handlung gemäß § 826 BGB in Anspruch genommen werden[6]), wenn die MG den Kauf ihrer Aktien durch die TG mit dem Bewußtsein durchgesetzt hat, daß die TG und deren Aktionäre mittelbar durch Entwertung ihrer Aktien durch den Aktienkauf geschädigt werden würden. Sie haftet auch dann, wenn sie jedenfalls damit gerechnet hat, daß ein Schaden bei der TG eintreten würde und sie diese Schädigung mit in Kauf genommen und gebilligt hat[7]). Die Sittenwidrigkeit liegt darin, daß die MG „einseitig ihre eigenen Interessen

---

[5]) § 312 HGB ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. Vgl. Friedländer, AktR § 312 Anm. 2 Ziff. 4.

[6]) § 823 Abs. 1 BGB scheidet als Haftungsgrund aus, weil es sich nur um eine Vermögensschädigung der TG handelt.

[7]) Dolus eventualis, der zur Erfüllung des Tatbestandes des § 826 BGB ausreicht. Vgl. Staudinger-Engelmann, § 826 Anm. 3b.

auf Kosten der Minderheit ohne gleichzeitige Förderung der Interessen der Gesellschaft verfolgt"[8]).

Die Ansprüche gegen die MG selbst kommen auch nicht etwa wegen des Verbotes des § 213 HGB in Wegfall. Zwar gilt nach der hier vertretenen Ansicht § 213 HGB nicht nur gegenüber dem Erstaktionär, sondern auch dem späteren Aktionär gegenüber. Immerhin muß dieser etwas an die Gesellschaft gezahlt haben, wie jenes Vorstandsmitglied, das seine der AG geleistete Einlagezahlung für die von einem Dritten übernommenen Aktien nach Beendigung seines Anstellungsvertrages gegen Uebergabe der übernommenen Aktien an die Gesellschaft wieder herausverlangte[9]). Dies aber ist hier gerade nicht der Fall. Vielmehr hat die TG die Aktien nicht nur von einem Dritten gekauft, sondern diesem auch bezahlt.

§ 7.

Der Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die obligatorisch oder organisatorisch abhängige Gesellschaft.

I. Wurde bisher die Rechtslage beim Erwerb von Aktien der MG durch die dinglich abhängige TG untersucht, so bleibt nur noch eine Erörterung der Fälle übrig, in denen eine nicht effektenkapitalistisch beherrschte Gesellschaft Aktien der herrschenden erwirbt. Es handelt sich nunmehr also um die Frage, wie es steht, wenn eine obligatorisch oder organisatorisch abhG Aktien der hG, sei es von ihr selbst durch Kauf oder Zeichnung, sei es von Dritten, insbesondere an der Börse, erwirbt.

Diese Fälle, in denen die Abhängigkeit der beherrschten Gesellschaft sich entweder darin äußert, daß sie auf Grund vertraglicher Abmachungen den Weisungen der hG folgen muß (obligatorische Abhängigkeit) oder darin, daß zwischen den Organen der hG und der abhG eine schon in der

[8]) RGZ 112/14; ebenso Hueck in RG Prax IV S. 176. Über die Möglichkeit einer Haftung aus § 826 BGB herrscht kein Streit. Vgl. Sontag S. 30; Begr. zu E I (1930) S. 107; Brodmann ZHR 94/69; Antw. des DAV II. Teil S. 19.

[9]) In dem vom RG in LZ 1912/847 entschiedenen Falle.

Satzung vorgesehene personelle Verknüpfung besteht (organisatorische Abhängigkeit) liegen aber nicht anders, als der schon im vorigen Paragraphen behandelte Tatbestand.

Auch hier stehen dem Aktienerwerb, ebensowenig, wie dem Aktienerwerb der TG von Dritten, irgendwelche aktienrechtliche Bedenken entgegen. Das ergibt sich auch schon daraus, daß eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung beider Gesellschaften hier nicht besteht. Das Verbot der Rückzahlung der Einlage kann also dem Aktienerwerb der abhG nicht entgegenstehen, weil die hG gar nicht deren Aktionär ist. Die Anwendbarkeit des § 213 HGB scheidet daher schon aus diesem Grunde aus. Eine Umgehung des § 226 HGB a. F. scheidet aus den schon im vorigen Paragraphen erörterten Gründen ebenfalls aus.

II. So bleibt nur zu prüfen, welche Schadensersatzansprüche derartige juristisch zwar gültige, wirtschaftlich aber für die abhG, sowie deren Gläubiger und Aktionäre ebenso wie in den früher schon behandelten Fällen höchst gefährliche Geschäfte nach sich ziehen können. Daß auch hier Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der abhG gemäß §§ 241, 249 HGB oder aus § 312 HGB i. Verb. mit § 823 Abs. 2 BGB haften, wenn sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vernachlässigt oder gar vorsätzlich zum Nachteil der abhG im Interesse der hG gehandelt haben, bedarf nach dem im vorigen Paragraphen Gesagten keiner weiteren Begründung mehr. Ebenso haftet natürlich auch hier die hG, sei es aus § 830 BGB im Falle der Anstiftung der Verwaltungsmitglieder der abhG zu einer unerlaubten Handlung, sei es aus § 826 BGB, wenn die Durchsetzung des Erwerbes ihrer Aktien bei der abhG einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt. Dies wird stets dann der Fall sein, wenn die hG die Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglieder der abhG zu einer Verletzung ihrer Vertragspflichten der abhG gegenüber bestimmt hat. Darüber hinaus aber lassen sich wegen der Mannigfaltigkeit der Gestaltungsmöglichkeiten keine allgemein gültigen Regeln für eine Haftung der hG aufstellen. Es kommt vielmehr alles auf den Einzelfall an.

III. Nur ein Fall sei herausgegriffen. Haftet die hG, wenn sie Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat der abhG „dele-

giert" hat und diese dort den Erwerb von Aktien der hG zum Schaden der abhG durchsetzen? Haftet sie, wenn die Vorstandsmitglieder beider Gesellschaften identisch sind, für den Schaden, der dadurch entsteht, daß der Vorstand der abhG im Interesse der hG deren Aktien für die abhG kauft? Die letzte Frage liegt auf der gleichen Ebene wie die erste; die Ergebnisse, die aus der Erörterung der ersten Frage gewonnen werden, treffen daher auch bei der zweiten zu.

Das Problem der Haftung der hG für von dieser entsandte Aufsichtsratsmitglieder der abhG, das gerade bei Banken akut geworden ist, die Gesellschaften kreditiert und daher ein Interesse daran haben, Einblick in die Geschäftsführung der abhG zu halten und sie durch Mitgliedschaft zum Aufsichtsrat überwachen zu können, ist seit dem Erscheinen einiger Aufsätze von Hofmannsthal[1]) sehr umstritten. Hofmannsthal bejaht die Haftung der hG. Die wohl herrschende Meinung dagegen[2]) lehnt eine Haftung der hG ab. Nur Huppert[3]) und Szamatolski[4]) kommen ebenso wie Hofmannsthal zu einer Bejahung der Haftung.

Soweit Hofmannsthal die Haftung der hG unter Berufung auf die §§ 278, 831 BGB zu rechtfertigen versucht, ist der h. M., insbesondere den Ausführungen von Rospatt[5]), ohne Zweifel beizutreten. Für die Anwendung des § 278 BGB ist schon deshalb, wie Rospatt[6]) zutreffend betont, kein Raum, weil die Voraussetzung dieser Bestimmung ein konkretes Vertragsverhältnis zwischen hG und abhG nicht gegeben ist. Ebensowenig kann § 831 BGB zu einer Haftung der hG führen. Denn das Aufsichtsratsmitglied ist nicht von der hG zu einer „Verrichtung" bestellt. Sein Aufsichtsratsmandat ist ihm nicht von der hG, sondern gemäß § 243 HGB von der GV der abhG übertragen worden[7]).

---

[1]) Vgl. LZ 1929/1235; BA 29—30/306, 308.

[2]) Vgl. Rospatt, BA 29—30/157, 308; Rosendorff, LZ 1930/857 ff.; Simonson, ZBH 1930/33; BA 29—30/404; Haussmann, ZBH 1931/4 ff., 29 ff.; Hamburger, Schuldenhaftung S. 29.

[3]) Vgl. LZ 1930/1281 ff.

[4]) Vgl. LZ 1930/1465 ff.

[5]) a. a. O.

[6]) BA 29—30/160.

[7]) Rospatt a. a. O.; Simonson, ZBH 1930/33.

Dagegen ist m. E. der h. M. insoweit nicht zu folgen, als sie ohne jede Einschränkung eine Haftung der hG für Verschulden der von ihr „delegierten" Aufsichtsratsmitglieder der abhG aus § 31 BGB ablehnt.

Vielmehr ist der eingehend begründeten Untersuchung von Szamatolski[8]) beizutreten, wonach eine Haftung der hG aus § 31 BGB sehr wohl gegeben sein kann. Zutreffend führt Szamatolski aus, daß die drei Voraussetzungen des § 31 BGB gegeben sind oder jedenfalls gegeben sein können, daß nämlich „1. ein Vorstandsmitglied (der hG), 2. eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung, 3. in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen hat"[9]).

Daß das Vorstandsmitglied der hG, das zugleich Aufsichtsratsmitglied der abhG ist, eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung begangen hat, wenn es gegen das Interesse der abhG oder jedenfalls unter leichtsinniger Uebernahme eines Risikos für sie Aktien der hG zu deren Nutzen kauft, ist schon oben erörtert worden[10]). Es kommt somit für die Haftung der hG nur noch darauf an, ob das Aufsichtsratsmitglied der abhG diese Handlung „in Ausführung der ihm — als Vorstandsmitglied der hG — zustehenden Verrichtungen" begangen hat. Das lehnt z. B. Simonson[11]) rundweg ab. Mit Recht weist demgegenüber aber Szamatolski[12]) darauf hin, daß es im Einzelfall Tatfrage ist, ob das Vorstandsmitglied der hG in Ausführung seiner ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt hat[13]).

Je größer die Abhängigkeit der Gesellschaft ist, zu deren Aufsichtsrat das Vorstandsmitglied der hG gehört, desto stärker spricht die Vermutung dafür, daß es zu den Obliegenheiten des betreffenden Vorstandsmitglieds gehört, daß es „der ihm zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich

---

[8]) a. a. O.

[9]) a. a. O. S. 1466.

[10]) Vgl. S. 63.

[11]) a. a. O.

[12]) Indem er gleichzeitig zutreffend die Ansicht Rospatts widerlegt, die Verrichtungen des Vorstandsmitglieds müßten satzungsgemäß festgelegt sein, damit § 31 BGB Anwendung finden könne. Auf diese Ausführungen kann hier verwiesen werden.

[13]) Ebenso Klingmüller, S. 47.

bringt"[14]), im Aufsichtsrat der abhG im Interesse der hG die Geschäftsführung jener zu überwachen. Dies dürfte insbesondere im Falle der Organgesellschaft zutreffen, deren Abhängigkeit als Angestellte der hG[15]) sich gerade darin zeigt, daß eine besonders starke personelle Verknüpfung zwischen der Verwaltung der hG und der der abhG besteht[16]). Der Einwand Simonsons[17]), das Aufsichtsratsmitglied handle insoweit nicht als Vorstandsmitglied der hG, kann nicht als stichhaltig anerkannt werden. Die Unterscheidung, in welcher Eigenschaft das Aufsichtsratsmitglied gehandelt hat, ob als Aufsichtsratsmitglied der abhG oder als Vorstandsmitglied der hG, ist dem Gesetz fremd. Hierauf abzustellen wäre auch wenig sinnvoll. Denn als einziges Kriterium, ob der Schädiger als Aufsichtsrats- oder als Vorstandsmitglied gehandelt hat, käme lediglich seine eigene subjektive Einstellung zur Zeit der Begehung der schädigenden Handlung in Frage. Diese Einstellung dürfte aber nachträglich kaum festzustellen sein.

Das Gesetz stellt vielmehr lediglich auf objektive Kriterien ab: ob der Schädiger Vorstandsmitglied einer Gesellschaft war und ob er einem Dritten Schaden zugefügt hat. Sind diese beiden Voraussetzungen gegeben, so ist eine Haftung der Gesellschaft, deren Organ der Schädiger ist, zwar damit noch nicht festgestellt. Es bedarf aber dann nur noch der Prüfung, ob der Schädiger seine schadenstiftende Handlung im Rahmen seiner Obliegenheiten als Vorstandsmitglied der hG begangen hat. Dann tritt aber die Haftung der hG ein[18]).

Auch die beiden Einwände, die Rosendorff[19]) gegen die Anwendbarkeit des § 31 BGB erhebt, sind nicht durchschlagend. Er meint einmal, § 31 sei nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, insbesondere nach RGZ

---

[14]) RGZ 94/320; ferner Oertmann, § 31 Anm. 4e S. 123; RG JW 1913/587.

[15]) Hamburger, Organgesellschaft S. 268 ff.; RFH 9/167.

[16]) Hamburger a. a. O. S. 271; RFH 13/147.

[17]) a. a. O.

[18]) Wie hier im Ergebnis wohl auch Kronstein S. 25 Anm. 31.

[19]) LZ 1930/859.

54/132, immer dann ausgeschlossen, wenn eine handelsrechtliche Sonderregelung bestünde[20]). Eine solche aber stellten die Bestimmungen über die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder dar. Hier liegt ein grundlegendes Mißverständnis der Rechtsprechung des Reichsgerichtes vor. Nach dieser ist § 31 BGB keineswegs allgemein ausgeschlossen, wenn eine handelsrechtliche Sonderregelung getroffen ist, sondern nur dann, wenn seine Anwendung zu einer Rückzahlung der Einlage führen würde[21]). Wenn Rosendorff[22]) gegen die Anwendbarkeit des § 31 BGB weiter ausführt, „daß nach h. M. eine juristische Person nicht Mitglied eines Aufsichtsrates sein und infolgedessen eine einzelne Person ihre Aufsichtstätigkeit auch nicht in ihrer Eigenschaft als Organ einer juristischen Person ausüben" könne, somit auch für Handlungen dieser physischen Person, auch wenn diese ihr Organ, nämlich ihr Vorstandsmitglied sei, nicht haftbar gemacht werden könne, so ist diese Beweisführung zwar für den ersten Augenblick bestechend. Sie ist aber trotzdem nicht richtig.

Es kommt nämlich für die Haftung aus § 31 BGB, was schon gegen Simonson oben betont wurde, gar nicht darauf an, ob das Aufsichtsratsmitglied seine Aufsichtstätigkeit als Organ der hG ausübt, sondern nur darauf, ob das Aufsichtsratsmitglied der abhG gleichzeitig Organ der hG i s t. Es mag Rosendorff und der h. M. durchaus zugegeben werden, daß juristische Personen unfähig zur Bekleidung von Aufsichtsratsämtern sind. Im vorliegenden Falle ist das Aufsichtsratsmitglied gewiß auch nur als Einzelperson, wenn auch wegen seiner persönlichen Beziehungen zur hG in den Aufsichtsrat der abhG gewählt worden. Als Aufsichtsratsmitglied der abhG kann es sie selbstverständlich aber ebenso schädigen, wie dies ein unbeteiligter Dritter auch tun könnte. Für die Frage, ob für den entstandenen Schaden bei der abhG die hG haftet, ist also die Aufsichtsratsmitgliedschaft bei der abhG belanglos. Es kommt für die Haftung der hG

---

[20]) Zustimmend Haussmann, ZBH 31/37.

[21]) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 103, I, Anm. 1b c. cit. S. 313.

[22]) A. a. O.; ebenso Haussmann, ZBH 1931/30 Anm. 49.

vielmehr einzig und allein darauf an, ob das schädigende Aufsichtsratsmitglied zugleich ihr Organ ist. Das ist unbestreitbar, denn es ist Vorstandsmitglied der hG; und es kommt dann weiter nur darauf an, ob es in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt hat. Das aber ist, wie schon hervorgehoben wurde, Tatfrage.

Genau so aber, wie die hG für ihr Vorstandsmitglied haftbar gemacht werden kann, wenn es als Aufsichtsratsmitglied der abhG diese schädigt, kann aber auch die hG für ihr Vorstandsmitglied einstehen müssen, wenn es zugleich Vorstandsmitglied der abhG, insbesondere einer Organgesellschaft ist und diese schädigt. Auch hier muß die hG dann haften, wenn ihr Vorstandsmitglied bei der Schadenszufügung in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen bei der hG gehandelt hat. Auch hier ist das natürlich Tatfrage. Gerade dann aber, wenn die abhG Organgesellschaft der hG ist, kann es sehr wohl vorkommen und es wird sogar zur Aufgabe des Vorstandes der hG gehören, die Geschäfte der abhG zugleich mitzuführen. Dann aber muß die hG für die Schäden, die ihr Vorstandsmitglied bei der abhG angerichtet hat, einstehen.

3. Abschnitt

Das geltende Recht nach der Aktienrechtsnovelle vom 19. Septemter 1931.

§ 8.

Die Regelung des Erwerbes von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige Gesellschaft nach der Aktienrechtsnovelle und deren Kritik.

Bisher ist von dem Erwerb von Aktien der hG durch die abhG gehandelt worden, sowie sich dieser Erwerb nach dem bis zum Erlaß der Aktiennovelle vom 19. September 1931 geltenden Rechtszustande darstellte. Nunmehr soll die damalige Regelung mit der heutigen, durch die Novelle geschaffenen, verglichen werden. Es sollen auch die Mängel, die die Novelle aufweist, einer Kritik unterzogen werden[1]). Zuvor bedarf es aber einer, wenn auch kurzen Darstellung des jetzt auf Grund der Novelle geltenden Rechts. Dieses wird jedoch nur insoweit dargestellt werden, als die Novelle sich mit der Regelung des Erwerbs von Aktien der hG durch eine abhängige Kapitalgesellschaft, also durch eine AG oder GmbH, befaßt. Denn nur der Erwerb durch eine derartige abhG ist auch bisher geprüft worden.

I. 1. Wie schon in der Einleitung ausgeführt[2]), regelt die Novelle den Erwerb von Aktien der hG durch die abhG nach den Grundsätzen, die das Reichsgericht in der hier in Uebereinstimmung mit der h. M. abgelehnten Entscheidung in

---

[1]) Ein Vergleich mit dem E I vom Jahre 1930 erübrigt sich, weil dieser die Frage des Erwerbs von Aktien der HG durch die abhG nicht behandelt. Der E II vom Jahre 1931 nimmt bereits im § 56 auf die Regelung der Novelle Bezug, sodaß sich auch ein Vergleich mit ihm erübrigt.

[2]) Vgl. S. 2.

RGZ 108/41 ausgesprochen hat. Hatte das Reichsgericht damals eine Identität des Vermögens von MG und TG bejaht und daraus die Folgerung gezogen, daß eine Aktienzeichnung der TG bei der MG nichtig sei, weil der Sache nach § 226 HGB a. F. anwendbar sei, wonach der Erwerb eigener Aktien verboten ist, so unterwirft die Aktiennovelle den Erwerb von Aktien der hG durch die abhG gleichfalls den von ihr getroffenen Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien. Sie tut dies, ohne im übrigen allgemein erkennen zu lassen, ob die damals vom Reichsgericht aufgestellte „Einheitstheorie" von ihr akzeptiert wird[3]). Sie behandelt vielmehr nur in diesem Punkte hG und abhG als Einheit.

Danach ergibt sich im einzelnen folgende Regelung:

Der abhG ist grundsätzlich verboten, Aktien der hG zu erwerben. Insbesondere ist der Erwerb nicht volleingezahlter Aktien der hG verboten[4]).

Von diesem Verbot bestehen folgende Ausnahmen:

Die abhG darf Aktien der hG erwerben, wenn diese volleingezahlt sind und

a) die Ausführung einer Einkaufskommission von der abhG vorgenommen wird,

b) der Erwerb zur Einziehung erfolgt, sofern er zusammen mit eigenen Aktien der hG 10 Prozent des Grundkapitals der hG nicht übersteigt,

c) der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens von der hG notwendig ist, sofern er 10 Prozent des Grundkapitals der hG nicht übersteigt. Insoweit darf die abhG sogar eigene nicht volleingezahlte Aktien der hG erwerben[5]) [6]).

---

[3]) Vgl. Schlegelberger-Quass.-Schm., § 226 Anm. 32.

[4]) Vgl. Schlegelberger-Quass.-Schm., § 226 Anm. 10.

[5]) Das von der Novelle hinsichtlich des den erlaubten Aktienerwerb begrenzenden Hundertsatzes auf das Grundkapital der hG abgestellt wird, ist nach ihrem Wortlaut zweifelhaft. („Nach Maßgabe der für den Erwerb eigener Aktien vorgesehenen Bestimmungen." Sind die eigenen Aktien der hG oder der abhG gemeint?) Das im Text Gesagte entspricht aber der h. M. Vgl. Staub-P., Nov. § 226 Anm. 27; Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 14; Schlegelberger-Quass.-Schm., § 226 Anm. 39; Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 35; Rheinstrom, AktR § 226 Anm. 5b; Dür-Hach-Flechtheim, § 226 Anm. 52; Flechtheim, BA XXXI, 13;

Endlich darf die abhG ebensowenig wie sie Aktien der hG käuflich, also derivativ erwerben darf, Aktien der hG auch nicht durch Zeichnung originär erwerben.

2. Ein Verstoß gegen diese Bestimmungen hat jedoch nicht die Nichtigkeit des Erwerbes zur Folge. Auch eine entgegen dem Verbot des § 226 Abs. 4 Satz 2 Nov. erfolgte Zeichnung bei der hG ist gültig. Die Folge der Nichtigkeit tritt nur ein, wenn die abhG nicht volleingezahlte Aktien der hG erwirbt und dieser Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens nicht notwendig ist[7]). In allen anderen Fällen sind lediglich Schadensersatzansprüche gegen die Verwaltungsmitglieder der abhG die Folge. Die Mitglieder des Aufsichtsrats der abhG haften sogar auch nur dann, wenn ihnen Vorsatz nachgewiesen werden kann[8]).

II. Bevor nun diese Regelung der Novelle in Einzelheiten der Kritik unterzogen werden soll, sollen die wirtschaftlichen Folgen dieser Regelung kurz betrachtet werden.

Der Fall der Einkaufskommission kann dabei von vornherein außer Betracht bleiben. Hier handelt die abhG nicht für eigene Rechnung, geht also im allgemeinen kein Risiko ein.

In allen anderen Fällen des erlaubten derivativen Erwerbes aber kann die abhG Aktien der hG bis zu 10 Prozent

---

Neufeld, Nov. § 226 Anm. 5 u. JW 1931/3043; Netter, ZBH 1931/244; Quassowski, JW 1931/2919. A. M. nur Heinz Pinner, JW 1931/2931 u. Goldschmit, Nov. § 226 Anm. 15. Die obige Auslegung entspricht auch zweifellos dem Zweck der Novelle. Diese stellt sich ganz auf den Standpunkt der hG und betrachtet die abhG gewissermaßen als deren Filiale. Diese Auslegung dürfte auch, worauf Staub-P. a. a. O. hinweisen, schon deswegen zutreffen, weil die abhG nach der Regelung der Novelle auch eine Handelsgesellschaft sein kann, die keine Kapitalgesellschaft ist, sondern eine Personalgesellschaft, z. B. O.H.G. oder K.G. Eine derartig abhG hat aber kein Grundkapital. Schon deshalb kann der Prozentsatz, bis zu dem der Erwerb statthaft ist, sich nur auf das Grundkapital der hG beziehen. Auf die gewichtigen Argumente der Gegenmeinung, die auf die Schädigung der Gläubiger der abhG, insbesondere bei kapitalschwachen abhGen, aufmerksam macht, wird noch in anderem Zusammenhange einzugehen sein.

[6]) Schlegelberger-Quass.-Schm., § 226 Anm. 11.

[7]) Schlegelberger-Quass.-Schm., § 226 Anm. 25.

[8]) Vgl. § 227a HGB; Lehmann-Hirsch § 227a Anm. 3.

des Grundkapitals der hG erwerben. Das ist aber für die abhG und insbesondere auch für deren Gläubiger außerordentlich gefährlich. Mit Recht machen Heinz Pinner[9]) und Goldschmit[10]) darauf aufmerksam, daß dann die meistens kapitalschwächere abhG, insbesondere die TG, in die Lage gesetzt wird und von der hG gezwungen werden kann, erhebliche Teile ihres Vermögens in unter Umständen wertlosen Aktien der hG anzulegen. Wenn diese Schriftsteller aus diesen Gründen den den Aktienerwerb begrenzenden Hundertsatz auf das Grundkapital der abhG bezogen wissen wollen, so verstößt diese Auslegung zwar zweifelsfrei aus schon angegebenen Gründen[11]) gegen den Zweck der Novelle. Immerhin aber zeigen grade ihre Bedenken, daß die Regelung der Novelle keineswegs, wie Schlegelberger-Quassowski-Schmölder meinen, „die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt und sie gegeneinander abwägt"[12]). Vielmehr sind gerade bei dieser Regelung die Interessen maßgeblich Beteiligter, nämlich die der Gläubiger der abhG, die sich ja nicht ohne weiteres an das Vermögen der hG halten können, gar nicht in Betracht gezogen, wenn durch Aktienkäufe der abhG deren Vermögen stark in Mitleidenschaft gezogen wird. Ihren Interessen konnte auch gar nicht von der Novelle Rechnung getragen werden, da deren Verfasser einseitig den Standpunkt der hG im Auge hatten und die Interessen der abhG zu Unrecht haben in den Hintergrund treten lassen.

III. Betrachtet man die Regelung der Novelle von den hier im zweiten Abschnitt behandelten Gesichtspunkten aus, so fällt zunächst ins Auge, daß die Novelle die verschiedenen Arten der abhängigen Gesellschaften bei der Regelung des Erwerbes von Aktien der hG gleichmäßig behandelt hat. Dabei waren, wie im zweiten Abschnitt gezeigt wurde, nicht in allen Fällen der Abhängigkeit die gleichen schwerwiegenden Bedenken gegen den Aktienerwerb zu erheben.

---

[9]) JW 1931/2931.

[10]) § 226 Anm. 15 Nov.

[11]) Vgl. Anm. 5 S. 72/73.

[12]) Schlegelberger-Quass.-Schm., § 226 Anm. 48 S. 55.

Im folgenden sollen nun die einzelnen Fälle des Aktienerwerbes nochmals in der gleichen Reihenfolge wie im zweiten Abschnitt durchgegangen und mit der Regelung der Novelle kritisch verglichen werden.

1. Erwirbt die TG von der MG durch Zeichnung deren Aktien, so besteht die Gefahr der Rückzahlung der Einlagen seitens der TG, wenn die Aktien der MG nicht vollwertig sind. In diesem Falle ist nach der hier vertretenen Ansicht die Zeichnung wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig.

Auch die Novelle hat die Aktienzeichnung, wenn auch nicht mit dieser Begründung verboten, (§ 226 Abs. 4 Nov.), sondern sich wohl die sicherlich unzutreffende Begründung von RGZ Band 108/41 zu eigen gemacht. Daraus ergibt sich einmal, daß die Regelung an falscher Stelle im System des Aktienrechts erfolgte. Sie hätte im Anschluß an den § 213 HGB = § 43 E II erfolgen sollen.

Die Novelle läßt auch nicht die hier geforderte Folge der Nichtigkeit der Zeichnung beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 213 HGB eintreten, sondern bestimmt ausdrücklich, und zwar in allen Fällen die Gültigkeit der Aktienzeichnung. Dies ist besonders gefährlich, weil die TG im Wege des Regresses gegen ihre Verwaltungsmitglieder bei der Höhe der Summen, um die es sich bei derartigen Transaktionen zu handeln pflegt, kaum jemals den entstandenen Schaden ersetzt erhalten wird. Außer diesem wirtschaftlichen Bedenken besteht aber noch das folgende rechtliche.

Wenn auch nach der Novelle beim verbotswidrigen Aktienkauf der TG von der MG das dingliche Geschäft zwar nach § 226 HGB n. F. gültig ist, so kann es doch trotzdem noch nach § 213 HGB nichtig sein. Denn die Anwendbarkeit des § 213 HGB ist jetzt durch § 226 HGB n. F. nur insoweit ausgeschlossen, als „§ 226 den Erwerb von Aktien für zulässig erklärt“[13]). Der Aktienerwerb auf Grund einer Aktienzeichnung ist dagegen zwar immer verboten, aber auch immer schlechthin gültig. Es ist aber nicht einzusehen,

---

[13]) Schlegelberger-Quass.-Schm., § 226 Anm. 48 S. 55; Heinz Pinner in der Festschr, f. A. Pinner, S. 633; Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 29; Friedländer, AktR § 226 Anm. 10a; a. M. nur Dür-Hach-Flechtheim b. § 226 Anm. 14.

weshalb zwei wirtschaftlich gleich bedenkliche und gefährliche Geschäfte verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen sollten.

Trotzdem wird die Regelung der Novelle von Heinz Pinner[14]) und von Staub-Pinner[15]) begrüßt und unter Berufung auf Staub-Pinner[16]) bemerkt, daß sie „den Grundsätzen über die Natur der Zeichnung und dem berechtigten Verlangen nach möglichster Aufrechterhaltung einer einmal erfolgten Zeichnung" entspreche[17]). Dies ist jedoch unrichtig. In der angegebenen Stelle des 2. Bandes von Staub-Pinner ist der hier zur Debatte stehende Fall, daß eine Aktienzeichnung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, gar nicht erörtert. Dort ist vielmehr nur zur Frage der Anfechtbarkeit der Aktienzeichnung wegen Irrtums und Betruges Stellung genommen. Der Fall eines Verstoßes einer Zeichnung gegen § 134 BGB ist, wie früher erörtert, in der Literatur ausdrücklich überhaupt nicht behandelt, vielmehr nur einmal angedeutet[18]). Daß die Regelung der Novelle aber den Grundsätzen über die Natur der Zeichnung entspreche, ist im Gegenteil für den Fall des § 138 BGB, der ja sachlich gleich liegt, ausdrücklich von Brodmann[19]) und Bing[20]) verneint worden.

Für die Frage der Zeichnung von Aktien der MG durch die TG also ergibt sich einmal, daß diese Regelung an einer falschen Stelle im System vorgenommen wurde, dann, daß sie der Interessenlage nicht gerecht wird, und endlich, daß sie den von der bisherigen Rechtslehre aufgestellten Grundsätzen über die Nichtigkeit einer Aktienzeichnung zuwiderläuft.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus wäre eine Regelung dieser Frage besser unterblieben[21]). Denn sie

---

[14]) JW 1931/2931.
[15]) § 226 Anm. 28 Nov.
[16]) § 189 Anm. 25 HGB.
[17]) Staub-P., Nov. a. a. O.
[18]) Moses in Iher Jahrb. a. a. O.
[19]) GmbH-Ges. § 2 Erl. 6b.
[20]) b. Dür-Hach § 182 Anm. 32.
[21]) Ebensowohl im Ergebnis Brodmann, BA XXXII, 48.

hätte sich schon nach dem bisherigen Rechtszustande befriedigend lösen lassen.

Man wird hiergegen einwenden, daß nach dem alten Rechtszustande ein starker Unsicherheitsfaktor bestehen geblieben wäre, weil sich oft erst im Prozeß nach richterlicher Entscheidung herausgestellt hätte, ob die von der MG hingegebenen Aktien vollwertig waren oder nicht und somit eine Rückzahlung der Einlage von der TG an die MG vorlag, auf Grund deren die Nichtigkeit des Zeichnungsgeschäftes sich ergeben hätte. Dieser Einwand ist ohne Zweifel begründet. Bloß dürfte seine Tragweite verkannt werden. Denn einmal läßt sich vielfach erst rückblickend feststellen, ob eine Rückzahlung der Einlage in den Fällen stattgefunden hat, in denen die zahlende AG nicht eine reine Zahlung an ihren Aktionär leistete, sondern von ihm auch eine Gegenleistung empfing. Hier wird vielfach erst nachträglich der Richter entscheiden können, ob das Geschäft gültig war. Ebenso ist auch heute noch eine Entscheidung der Frage, ob eine mit Einwilligung der Gesellschaft vorgenommene Aufrechnung des Gesellschafters zulässig war oder gegen die Vorschrift des § 221 HGB verstieß, vielfach erst nachträglich durch Urteilsspruch möglich. Und doch beklagt sich niemand über eine zu große Rechtsunsicherheit, die durch die früher besprochene Rechtsprechung des Reichsgerichtes geschaffen werde. Im Gegenteil, diese Rechtsprechung wird allgemein gebilligt.

Gerade dieser Unsicherheitsfaktor, gegen den Bedenken laut werden könnten, hat aber zugleich auch eine große, man möchte sagen, pädagogische Wirkung. Er erzieht zur Solidität der Geschäftsgebarung. Denn die Verwaltung der TG wird bei dem Erwerb von Aktien der MG vorsichtig sein und ihn nur vornehmen, wenn ihr Gelegenheit gegeben wird, Einblick in den Status der MG zu nehmen. Denn von deren Lage hängt ja die Gültigkeit des Geschäftes ab. Auch droht der Verwaltung der TG, wenn eine Rückzahlung der Einlage stattgefunden haben sollte, der Regreß aus den §§ 241 Abs. 3 Ziff. 1, 249 Abs. 3 HGB. Dessen Eigentümlichkeit besteht aber darin, daß es eines Nachweises, der Gesellschaft sei durch die Rückzahlung der Einlage ein Schaden entstanden,

nicht bedarf[22]). Aber auch die MG selbst wird ein Interesse daran haben, daß eine gültige Zeichnung erfolgte. Denn sonst läuft sie Gefahr, das an sie von der TG bezahlte Geld ihr oder ihren Gläubigern wieder herauszahlen zu müssen.

2. Nicht anders ist die Sachlage, wenn die TG Aktien der MG käuflich von ihr selbst unmittelbar erwirbt. Auch hier kann der Aktienkauf, wenn die von der MG gekauften Aktien nicht vollwertig sind und damit eine Rückzahlung der Einlage von der TG an die MG vorliegt, wegen Verstoßes gegen § 213 HGB gemäß § 134 BGB nichtig sein. Hier gilt dasselbe, was für den Fall der Zeichnung gesagt wurde. Eine gesetzliche Regelung war unnötig. Immerhin ist sie nicht so schädlich für die Gläubiger der TG wie im Falle der Zeichnung. Denn immer dann, wenn die TG einen verbotenen Erwerb von Aktien der MG vorgenommen hat, etwa wenn sie den erlaubten Hundertsatz überschritten hat, kann der Erwerb wegen Verstoßes gegen § 213 HGB trotzdem gemäß § 134 BGB nichtig sein. Dies ist aber, wie schon ausgeführt, nach der Regelung der Novelle bei der Zeichnung nicht der Fall.

3. Anders aber liegt die Sache in allen übrigen Fällen, also dann, wenn die TG Aktien der MG von Dritten, z. B. an der Börse kauft, oder wenn eine andersartige abhG Aktien der hG von dieser selbst, sei es durch Zeichnung oder durch Kauf erwirbt, oder wenn die abhG die Aktien der hG endlich von dritter Seite erwirbt. Hier gab es, wie früher ausgeführt, nach dem bisherigen Recht keine Handhabe[23]), den oftmals sehr bedenklichen Erwerb zu verhindern. Es bestanden vielmehr nur Regreßansprüche gegen die Mitglieder der Verwaltung und manchmal gegen die hG selbst, deren Voraussetzungen sich oftmals, insbesondere im Falle des § 826 BGB, schwer werden beweisen lassen.

In diesen Fällen war also eine gesetzliche Regelung am Platze. In dieser Hinsicht erfüllt die von der Novelle vorgesehene Regelung auch teilweise ihren Zweck. Es hätten zwar keine Bedenken bestanden, jeden Aktienerwerb der

[22]) Brodmann, AktR § 241 Anm. 3 c. cit.; a. M. allerdings Staub-P., § 241 Anm. 9.

[23]) Vgl. S. 61 ff., 65.

abhG, sowohl den Erwerb volleingezahlter, wie den noch nicht volleingezahlter Aktien der hG gleichmäßig zu behandeln. Denn die Gründe, die für ein Verbot des Erwerbes eigener, noch nicht volleingezahlter Aktien maßgebend waren, liegen ja beim Erwerb der Aktien durch eine abhängige Gesellschaft, wie schon früher dargelegt wurde, nicht vor.

Immerhin setzt die Novelle durch die Begrenzung des Aktienerwerbes im Rahmen eines zugelassenen Hundertsatzes Bestrebungen der Verwaltungen der herrschenden Gesellschaften, die abhG zum Erwerbe von Aktien der hG zu benutzen, eine Grenze. Allein diese Regelung ist unvollkommen, weil, wie schon oben gesagt[24]), die Gläubiger der abhG, gerade wenn die hG besonders kapitalstark ist, so gut wie schutzlos bleiben. Deshalb dürfte es erforderlich sein, neben der für den Aktienerwerb der hG auf ihrer Seite gezogenen Grenze, auch für den Fall des Erwerbes von Aktien der hG durch eine abhG einen Prozentsatz auf seiten der abhG zu bestimmen, der nicht überschritten werden darf.

Würde also dann die abhG Aktien der hG an der Börse kaufen, so dürfte sie diese nur insoweit erwerben, als deren Nennwert einen bestimmten Prozentsatz, etwa 10 Prozent, des Grundkapitals der abhG nicht überschreitet. Und dieser Erwerb wäre auch nur dann statthaft, wenn auch die hG selbst im Rahmen des für sie geltenden Hundertsatzes von 10 Prozent die Aktien erwerben dürfte.

Erst hiermit wäre den Interessen beider Teile und vor allem den der Gläubiger beider Gesellschaften gedient.

IV. Zusammenfassend läßt sich also von der Regelung des Erwerbes von Aktien der hG durch die abhG, wie sie die Aktienrechtsnovelle vom 19. September 1931 getroffen hat, folgendes sagen:

1. Soweit der Erwerb von Aktien der MG unmittelbar von ihr (durch Zeichnung oder Kauf) durch die TG geregelt wird, ist diese Regelung überflüssig. Denn schon nach dem bisher geltenden Recht war eine befriedigende Lösung durch die Anwendung des § 213 HGB zu erzielen.

---

[24]) Vgl. S. 73, 74.

2. Soweit der Erwerb von Aktien der hG durch die abhG von dritter Seite oder von der hG selbst geregelt ist, deren Herrschaft nicht auf Aktienbesitz bei der abhG gegründet ist, ist diese Regelung unvollkommen. Denn sie vernachlässigt die Interessen der Gläubiger der abhG. Sie müßte in der Richtung ergänzt werden, daß die abhG Akten der hG nur dann erwerben darf, wenn sich der Erwerb auch im Rahmen eines bestimmten Prozentsatzes des Grundkapitals der abhG hält.

Lebenslauf

Als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Alfred Schreuer und seiner Ehefrau Fanny geb. Littmann bin ich am 11. April 1910 in Glogau geboren. In den Jahren 1916 bis 1919 besuchte ich zunächst die drei Vorschulklassen der städtischen Oberrealschule in Glogau. Von 1919 bis 1922 war ich Schüler des Staatlichen Evangelischen Gymnasiums in Glogau in den Klassen Sexta bis Quarta. In der Folgezeit, von 1922 bis Ostern 1928, besuchte ich das Staatliche Katholische Gymnasium in Glogau von Untertertia bis Oberprima. Am 3. März 1928 bestand ich daselbst das Abitur.

Ich studierte darauf an den Universitäten München, Heidelberg, Berlin und Breslau Rechtswissenschaft und legte nach sechssemestrigem Studium am 8. Oktober 1931 das Referendar-Examen vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts in Breslau ab. Seitdem bin ich im Vorbereitungsdienst für Referendare beschäftigt und bin gegenwärtig der Staatsanwaltschaft in Glogau zur Ausbildung überwiesen.

Walter Schreuer, Referendar.